

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

**100 COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES
SOBRE DERECHO
CONSTITUCIONAL
Y DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Revista de
Derecho Publico
1980-2024



EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA
INTERNATIONAL

100 COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Derecho Publico

1980-2024

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

**100 COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHO ADMINISTRATIVO**

Revista de Derecho Público

1980-2024

Todos los derechos reservados

©

Allan R. Brewer-Carías

ISBN: 979-8-89480-608-2

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Portada: Alexander Cano

Diagramación, composición y montaje por:

Mirna Pinto de Naranjo

en letra Times New Roman 10, Interlineado 10.7, mancha 15x21.3

Contenido

Nota del autor.....	15
– 1980 –	
1. COMENTARIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 51 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL	21
2. COMENTARIOS EN TORNO A LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	25
– 1981 –	
3. COMENTARIOS SOBRE EL IMPUESTO MUNICIPAL DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.....	29
– 1983 –	
4. ASPECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES	37
– 1984 –	
5. LOS PODERES DE LOS TRIBUNALES AGRARIOS PARA ADOPTAR MEDIDAS PREVENTIVAS Y LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AUTORIZATORIOS DE MOVIMIENTOS DE TIERRA	43
6. LA RECIENTE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO.....	49
– 1988 –	
7. EL CASO DEL BONO COMPENSATORIO O DE COMO SE IGNORA EL RÉGIMEN DE LOS DECRETOS-LEYES Y SE DESQUICIA EL RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA.....	57
8. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS DE AMPARO DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA.....	69
– 1989 –	
9. LA SENTENCIA DE LOS LAPROS PROCESALES (1989) Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.....	73
– 1990 –	
10. CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (A PROPÓSITO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ORDENAN EL DESALOJO DE VIVIENDAS).....	87
11. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA.....	97
– 1992 –	
12. LA NULIDAD DE ACTOS ELECTORALES Y SU INFLUENCIA EN LAS ELECCIONES (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE 11-12-90)	101
– 1995 –	
13. LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE O DE CÓMO EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ABRIÓ EL CAMINO PARA SU VIOLACIÓN Y PARA SU PROPIA EXTINCIÓN	107

– 2005 –	
14. CONSIDERACIONES SOBRE EL “HECHO COMUNICACIONAL” COMO ESPECIE DEL “HECHO NOTORIO” EN LA DOCTRINA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	157
– 2007 –	
15. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA	165
16. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO INSTRUMENTO PARA ANIQUILAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PLURAL Y PARA CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CASO RCTV	179
17. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	199
– 2008 –	
18. LA SALA CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUYENTE: LA MODIFICACIÓN DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO Y DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO	225
19. DE CÓMO LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA, NO SÓLO LEGISLA DE OFICIO, SINO SUBREPTICIAMENTE MODIFICA LAS REFORMAS LEGALES QUE “SANCIONA”, A ESPALDAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO: EL CASO DE LA ACLARATORIA DE LA SENTENCIA DE REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE 2007.....	237
20. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	243
21. LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN HECHA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ANTEJUICIOS DE MÉRITO DE ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO	253
– 2009 –	
22. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO CONSTITUYENTE: EL CASO DEL FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN VENEZUELA	257
23. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA (LA REELECCIÓN CONTINUA E INDEFINIDA)	265
24. COMENTARIOS SOBRE EL “CASO: TRIBUNAL SUPREMO vs. LUIS BRITO GARCÍA,” O DE CÓMO EL TRIBUNAL SUPREMO ADOPTA DECISIONES INTERPRETATIVAS DE SUS SENTENCIAS, DE OFICIO, SIN PROCESO NI PARTES, MEDIANTE “BOLETINES DE PRENSA” SOBRE TEMAS VINCULADOS A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO FRENTE A TRIBUNALES EXTRANJEROS	271
25. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LAS ACCIONES DE HABEAS DATA EN VENEZUELA: LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	281
– 2010 –	
26. LA SALA CONSTITUCIONAL vs. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES	287
27. DE LA CASA DE CRISTAL A LA BARRACA DE ACERO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA.....	295
28. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD	303
– 2011 –	
29. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL ORDEN JURÍDICO, AL ORDENAR LA DESAPLICACIÓN GENERAL DE NORMAS APLICABLES, Y LA APLICACIÓN, EN SU LUGAR, DE NORMAS DEROGADAS	309
30. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFORMANDO LEYES COMO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, AUTOPROCLAMÁNDOSE, SIN LÍMITES, COMO LEGISLADOR POSITIVO	323

31. EL ILEGÍTIMO “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA: CASO: LEOPOLDO LÓPEZ vs. VENEZUELA. SEPTIEMBRE 2011	329
– 2012 –	
32. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL, Y DE CÓMO DICHO DERECHO FUE EJERCIDO CONTRA EL JUEZ CONSTITUCIONAL DESACATANDO UNA DECISIÓN ILEGÍTIMA.....	347
33. EL JUEZ CONSTITUCIONAL USURPANDO, DE OFICIO, FUNCIONES DEL PODER ELECTORAL EN MATERIA DE CONTROL DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE RESPALDO DE CANDIDATURAS PRESIDENCIALES	355
34. SOBRE LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	361
35. 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	371
36. SOBRE CÓMO NO DEBE EJERCERSE EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR UN JUEZ ORDINARIO.	397
– 2013 –	
37. 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”	405
38. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA ILEGÍTIMA DECLARACIÓN, MEDIANTE UNA “NOTA DE PRENSA,” DE LA “LEGITIMIDAD” DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DEL 14 DE ABRIL DE 2013	415
– 2014 –	
39. EL FIN DE LA LLAMADA “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROTAGÓNICA” DISPUESTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL EN FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN, AL JUSTIFICAR LA EMISIÓN DE LEGISLACIÓN INCONSULTA EN VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	425
40. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO POPULAR DE UNA DIPUTADA A LA ASAMBLEA NACIONAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE OFICIO, SIN JUICIO NI PROCESO ALGUNO	431
41. LA FIGURA DEL “RESCATE” ADMINISTRATIVO DE TIERRAS AGRÍCOLAS DE PROPIEDAD PRIVADA REGULADA EN LA REFORMA DE LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRÍCOLA DE 2010, SU INCONSTITUCIONALIDAD, Y EL TEMA DE LA ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS RURALES.....	451
42. UN NUEVO ATENTADO CONTRA LA DEMOCRACIA: EL SECUESTRO DEL DERECHO POLÍTICO A MANIFESTAR MEDIANTE UNA ILEGÍTIMA “REFORMA” LEGAL EFECTUADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO	465
43. UNA NUEVA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL: EL FIN DE LA PROHIBICIÓN DE LA MILITANCIA POLÍTICA DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL, Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS MILITARES ACTIVOS DE PARTICIPAR EN LA ACTIVIDAD POLÍTICA, INCLUSO EN CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DE LA SUPERIORIDAD JERÁRQUICA.	475
44. 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.....	481

45.	NOTAS SOBRE LAS IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN EN PARALELO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO REGULADO EN LA LEY DE DEFENSA PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS A BIENES Y SERVICIOS, Y DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO REGULADO EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN: EL CASO INDUSTRIAS VENOCO.....	509
46.	UNA NUEVA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL: EL AMPARO CONTRA ESTADOS EXTRANJEROS Y EL FUERO PRIVILEGIADO DE SU COMPETENCIA A FAVOR DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	515
47.	EL GOLPE DE ESTADO DADO EN DICIEMBRE DE 2014, CON LA INCONSTITUCIONAL DESIGNACIÓN DE LAS ALTAS AUTORIDADES DEL PODER PÚBLICO	525
– 2015 –		
48.	LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO RESPECTO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y SU DESCONSTITUCIONALIZACIÓN EN VENEZUELA POR EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	545
49.	LA INCONSTITUCIONAL CONFUSIÓN E INVERSIÓN DE ROLES EN EL ESTADO TOTALITARIO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL ACTUANDO COMO “CONSULTOR JURÍDICO” DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO EN LA EMISIÓN DE UN “DICTAMEN” SOBRE LA “LEY DEL 2014 DEL SENADO DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIEDAD CIVIL DE VENEZUELA”	555
50.	LA CONDENA AL ESTADO EN EL CASO GRANIER Y OTROS (RCTV) vs. VENEZUELA, POR VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE DIVERSAS GARANTÍAS JUDICIALES. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra	565
51.	LA CONDENA CONTRA LEOPOLDO LÓPEZ POR EL “DELITO DE OPINIÓN”. O de cómo los jueces del horror están obligando al pueblo a la rebelión popular.....	589
52.	UN NUEVO GOLPE A LA DEMOCRACIA: LA CONFISCACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DECRETADA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	607
53.	LAS UNIVERSIDADES NACIONALES EN EL CADALSO Y LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN MANOS DEL VERDUGO JUDICIAL	613
54.	LAS CORTES SUPREMAS DE COSTA RICA, BRASIL Y CHILE CONDENAN LA FALTA DE GARANTÍAS JUDICIALES EN VENEZUELA	621
– 2016 –		
55.	EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA ELECCIÓN POPULAR DE DIPUTADOS: Comentarios sobre las sentencias de la Sala Electoral N° 260 de 30 de diciembre de 2015 (Caso: Nicia Marina Maldonado Maldonado vs. Elecciones Estado Amazonas), y N° 1 de 11 de enero de 2016, y la sentencia de la Sala Constitucional N° 3 de 14 de enero de 2016	627
56.	EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LOS PODERES DE CONTROL POLÍTICO DE LA ASAMBLEA NACIONAL. Segundo: Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 4 de 20 de enero de 2016, N° 7 de 11 de febrero de 2016 (Caso: Recurso de interpretación sobre las normas constitucionales reguladoras de los estados de excepción), N° 9 del 1° de marzo de 2016 y N° 184 de 17 de marzo de 2016.	653
57.	EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA POTESTAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA REVISAR Y REVOCAR SUS PROPIOS ACTOS CUANDO SEAN INCONSTITUCIONALES: EL CASO DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS DE DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 9 de la Sala Constitucional del 1° de marzo de 2016 y N° 225 de 29 de marzo de 2016.....	669
58.	EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DEL PODER DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA LEGISLAR. Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 259 de 31 de marzo de 2016, N° 264 de 11 de abril de 2016, N° 269 de 21 de abril de 2016, N° 341 de 5 de mayo de 2016, N° 343 de 6 mayo 2016, y N° 460 de 16 de junio de 2016.	675
59.	EL FIN DEL PODER LEGISLATIVO: LA REGULACIÓN POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN INTERIOR Y DE DEBATES DE LA ASAMBLEA NACIONAL, Y LA SUJECCIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA A LA APROBACIÓN PREVIA POR PARTE DEL PODER EJECUTIVO. Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, N° 327 de 28 de abril de 2016, N° 473 de 14 de junio de 2016.	715

60.	LA USURPACIÓN DEFINITIVA DE LA FUNCIÓN DE LEGISLAR POR EL EJECUTIVO NACIONAL Y LA SUSPENSIÓN DE LOS REMANENTES PODERES DE CONTROL DE LA ASAMBLEA CON MOTIVO DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EMERGENCIA ECONÓMICA: Comentario sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 411 del 19 de mayo de 2016, que declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016 sobre el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica.....	727
61.	EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DEL PODER DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA EXPRESAR OPINIONES POLÍTICAS SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS NACIONAL: Comentario sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 478 de 14 de mayo de 2016.....	739
62.	LA RATIFICACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE SU DECISIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA POTESTAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA REVISAR Y REVOCAR SUS PROPIOS ACTOS.....	743
63.	LA PARALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA SUSPENSIÓN DE SUS SESIONES Y LA AMENAZA DE ENJUICIAR A LOS DIPUTADOS POR “DESACATO”.....	749
64.	LA CREMACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA USURPACIÓN DE SUS FUNCIONES PRESUPUESTARIAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL	753
65.	EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INVESTIGANDO LA ACTUACIÓN DE PDVSA, Y SU ANULACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL	765
66.	EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE EL TEMA DE LA NACIONALIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Y SU ANULACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL	767
67.	EL ACOSO POR PARTE DE LA “JUSTICIA” CONSTITUCIONAL CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL COMO ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN POPULAR.....	773
68.	NUEVO SECUESTRO DEL DERECHO DEL PUEBLO A LA REALIZACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO PRESIDENCIAL PERPETRADO POR LA SALA ELECTORAL, ALGUNOS TRIBUNALES PENALES Y EL PODER ELECTORAL	783
– 2017 –		
69.	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.....	793
70.	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 DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO PODÍA PRESENTARSE ANTE LA ASAMBLEA NACIONAL.....	801
71.	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. (Sentencia N° 155 de la Sala Constitucional).....	805
72.	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).....	817
73.	EL GOLPE DE ESTADO JUDICIAL CONTINUADO, LA NO CREÍBLE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE QUIEN LA DESPRECIÓ DESDE SIEMPRE, Y EL ANUNCIO DE UNA BIZARRA “REVISIÓN Y CORRECCIÓN” DE SENTENCIAS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL POR ÓRDENES DEL PODER EJECUTIVO. (Secuelas de las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017)	823
74.	LA NUEVA FARSA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CONTROLADO: LA INCONSTITUCIONAL Y FALSA “CORRECCIÓN” DE LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. (Sentencias N° 157 y 158 de 1° de abril de 2017). Crónica actualizada al 5 de abril de 2017, 5 pm.	833
75.	LA INCONSTITUCIONAL INHABILITACIÓN POLÍTICA Y REVOCACIÓN DE SU MANDATO POPULAR, IMPUESTOS AL GOBERNADOR DEL ESTADO MIRANDA HENRIQUE CAPRILES RADONSKI, POR UN FUNCIONARIO INCOMPETENTE E IRRESPONSABLE, ACTUANDO ADEMÁS CON TODA ARBITRARIEDAD	843

76. 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).....	853
77. LA MUTACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, PARA CERCENARLE A LA ASAMBLEA NACIONAL SUS PODERES DE CONTROL POLÍTICO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS.....	863
78. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE vs. LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA (JUNIO-AGOSTO 2017).....	881
79. LA ANULACIÓN ANTICIPADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, EN “JUICIO SUMARIO,” DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y EL SOMETIMIENTO DE LOS MISMOS A JUICIO MILITAR.....	895
80. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 355 DE 16 DE MAYO DE 2017, MEDIANTE LA CUAL DECLARÓ SIN LUGAR LA IMPUGNACIÓN DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 2010..	901
– 2018 –	
81. EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ALGUNAS EXCEPCIONES CONTRASTANTES: COLOMBIA, PERÚ, VENEZUELA.....	907
82. 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.....	925
83. SOBRE EL ANÓMALO CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA.....	933
84. 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.....	955
85. LA DESAPARICIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN VENEZUELA, COMO PRECIO VIL PARA JUSTIFICAR UNA CONDENA POR DAÑOS MORALES CONTRA EL PORTAL LA PATILLA.COM.....	969
86. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN EN CASOS DE DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTABLECIDO COMO “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN 2014 Y 2019, EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO.....	977
87. LA SALA CONSTITUCIONAL, DE NUEVO, USURPANDO LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y VIOLANDO LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA, EN NOMBRE DE UNA FALAZ “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROTAGÓNICA” DECRETA UN NUEVO RÉGIMEN ELECTORAL UNIVERSITARIO Y EL CESE DE LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES UNIVERSITARIAS.....	985
– 2020 –	
88. LA FRAUDULENTE Y FALLIDA “MAGIA” DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA. DE CÓMO SE “TRANSFORMA” UNA ACCIÓN DE AMPARO, QUE FUE DECLARADA SIN LUGAR, EN UNA VÍA PARA EMITIR DECLARACIONES POLÍTICAS, SOBRE HECHOS POLÍTICOS, IGNORANDO LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO.....	991
89. SOBRE LA ANOMALÍA DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA.....	1003
90. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN EN CASOS DE DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO, ESTABLECIDO COMO “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN 2014 Y 2019, EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO.....	1025

– 2021 –

91. VANDALISMO CONSTITUCIONAL, FRAUDE ELECTORAL Y DISPARATE JUDICIAL: EL CASO DE LA ELECCIÓN DE GOBERNADOR EN EL ESTADO BARINAS EL 29 DE NOVIEMBRE DE 2021	1033
92. SOBRE LOS ONCE (11) VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE DECLARARON LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. (Comentarios a las sentencias No. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022)	1043

– 2022 –

93. LA CONFISCACIÓN DE LA SEDE DEL DIARIO EL NACIONAL ES UNA CONSECUENCIA MÁS DE LA TRÁGICA AUSENCIA DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA	1059
94. LOS VAIVENES INTERPRETATIVOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA SANCIONAR EL DESACATO DE MANDAMIENTOS DE AMPARO	1063
95. LA SENTENCIA DICTADA EN EL CASO DEL ORO VENEZOLANO DE LONDRES DICTADA POR LA HIGH COURT OF JUSTICE. BUSSINES AND PROPERTY COURTS OF ENLAND AND WALES. COMMERCIAL COURT (QBD), EL 29 DE JULIO DE 2022, NEGANDO EL RECONOCIMIENTO EN EL REINO UNIDO DE SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA	1069

– 2023 –

96. CONFISCACIÓN, COMISO Y EXTINCIÓN DE DOMINIO: COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE 28 DE ABRIL DE 2023, PARTICULARMENTE SOBRE SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y SOBRE ALGUNAS DE SUS INCONGRUENCIAS INCONSTITUCIONALES	1083
97. UNA NUEVA MODALIDAD DE IMPARTIR INJUSTICIA MEDIANTE “AVISOS” DE SENTENCIAS QUE NO SE PUBLICAN: EL CASO DE LA “SUSPENSIÓN” DE EFECTOS DE LAS ELECCIONES PRIMARIAS DE LA OPOSICIÓN, Y LA INCONSTITUCIONAL “INHABILITACIÓN POLÍTICA” DE MARÍA CORINA MACHADO	1097
98. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL No. 1469 DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 DECLARANDO “CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA	1105
99. COMENTARIOS SOBRE EL AMPARO CONSTITUCIONAL DECRETADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL (SENTENCIA No. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023) CONTRA LA AMENAZA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA REPÚBLICA A SU SOBERANÍA E INTEGRIDAD TERRITORIAL Y DEL DERECHO CIUDADANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA POR PARTE DE GUYANA Y DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, CON OCASIÓN DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PRELIMINARES ANTE LA MISMA CONTRA EL REFERENDO CONSULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA	1113

– 2024 –

100. EL BIZARRO “PROCESO CONTENCIOSO ELECTORAL DE PERITAJE” INVENTADO POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA PARA AVALAR, MEDIANTE DIEZ SENTENCIAS, EL SECUESTRO DEL RESULTADO DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DEL 28 DE JULIO DE 2024	1127
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS (Los números remiten a los números de los Comentarios)	1153

NOTA EL AUTOR

Muchos de mis alumnos, estoy seguro de que recordarán mi comentario de siempre, de que uno de los buenos métodos para aprender derecho, aparte de leer y estudiar a los autores de la materia respectiva, es leyendo y estudiando las decisiones de los tribunales y la jurisprudencia que puedan haber sentado.

Yo tuve la oportunidad de adentrarme en la jurisprudencia desde muy joven, particularmente cuando comencé a estudiar derecho administrativo a partir de 1958, con motivo de las clases de nuestro profesor, el recordado amigo Gonzalo Pérez Luciani, quien solía hacer profusas referencias en sus clases a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, cuyas sentencias habían sentado los principios fundamentales de la disciplina. Así, como todos quienes en aquellas épocas nos adentramos al estudio del derecho administrativo, nos correspondió analizar los famosos *arrêt Blanco*, *arrêt Terrier*, *arrêt Lot*, *arrêt Thérond*, *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *arrêt Tery*, para sólo citar algunos. Incluso, uno de los libros básicos que Pérez Luciani nos recomendó para estudiar la disciplina, era precisamente el libro de *Droit Administratif* del profesor Marcel Waline el cual, como todos los libros franceses, explicaba el derecho administrativo con base en su desarrollo por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Me pregunté, entonces, luego de todo ese aprendizaje y de haber machacado a como diera lugar el francés y así poder descubrir la extraordinaria labor de la jurisprudencia en Francia, sobre la razón por la cual, en contraste evidente, en las clases no hubo referencia a decisión judicial alguna o posible jurisprudencia que se hubiese sentado en el país, particularmente, en materia de derecho administrativo, que hubieran dictado, por ejemplo, la antigua Corte Federal y de Casación hasta 1953, o la Corte Federal que para entonces existía, y luego, mientras estudiaba la carrera de derecho, de la Corte Suprema de Justicia creada en 1961; quedando la duda de si efectivamente existirían o no tales decisiones.

El profesor Gert Kumerow, de derecho civil (Bienes), con quien tuve una estrecha amistad, me informó que en el Ministerio de Justicia existía el Instituto de Codificación y Jurisprudencia que dirigía el profesor Juan Porras Rengel, y en el cual el mismo Kumerow colaboraba. Dicho Instituto, incluso, había publicado varios volúmenes con la jurisprudencia de los tribunales de instancia del país, que había hojeado en alguna ocasión en el Instituto de Derecho Público, que dirigía el profesor Antonio Moles Caubet, donde ya, en 1960, yo había ingresado a trabajar como Auxiliar de Investigación. Fui al Instituto de Codificación y Jurisprudencia, donde constaté que se recibían copias a carbón de todas las sentencias de todos los tribunales del país, que eran estudiadas por los profesores y profesionales que allí trabajaban, y mi sorpresa mayúscula fue constatar que la labor mas importante que realizaban se concentraba efectivamente solo en el estudio de las sentencias de los tribunales de instancia. Las sentencias de la Corte de Casación se estudiaban por los procesalistas, y nada había, salvo carpetas con las copias de las sentencias, respecto de la jurisprudencia de la Corte Federal, que nunca se habían estudiado.

Me ofrecí y le propuse al profesor Porras, con el acuerdo del profesor Kummerow, que yo podía colaborar en las tardes con el Instituto de Codificación y Jurisprudencia (ya que durante la mañana estaba en el Instituto de Derecho Público), en la tarea de estudiar la jurisprudencia administrativa y constitucional de la Corte Federal, lo cual, con el acuerdo también del profesor Moles Caubet, aceptaron con entusiasmo. Así, como Auxiliar de Investigación, pues todavía estaba estudiando la carrera, me dediqué todas las tardes durante más de dos años a ello, a estudiar las sentencias en su texto íntegro, en aquellas copias a carbón que existían, aplicando el método de investigación que ya estaba bien trillado en el Instituto: leer íntegra-mente la sentencia; entender bien de qué se trataba el caso y la decisión adoptada; marcar los párrafos sustantivos o doctrinales de cada sentencia; y preparar una síntesis o resumen de varias líneas sobre ello; material que se transcribía a máquina, en fichas, por un equipo de mecanógrafas. Luego de varios meses, constaté que había “descubierto” una “mina” de conocimiento invaluable sobre el derecho público, pro-ducto de aquel estudio y recopilación de la jurisprudencia, con lo cual terminé mi formación en derecho administrativo y público en general.

Los cientos de fichas que elaboré en esos dos años y que abarcaron un período de 12 años, de 1950 a 1962, fue lo que me sirvió de base para redactar mi tesis de grado (*Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*, Caracas 1964) que escribí en París entre 1962 y 1963, mientras seguía los cursos de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París (Panthéon), entre otros, los dictados precisamente por el profesor Marcel Waline por cuyo *Precis* había estudiado en Caracas. Antes de irme a Francia, en todo caso, le informé al profesor Pérez Luciani de mi “descubrimiento,” y permití que su secretaria, Raquel Luciani (quien luego fue la secretaria de mi socio Alberto Baumeister en *Baumeister & Brewer*), transcribiera a máquina muchas de aquellas fichas de jurisprudencia para que él también las tuviera.

Desde entonces quedé vinculado al estudio de la jurisprudencia, siguiendo mi actividad académica y de investigación al regresar de Francia e incorporarme a la Universidad Central de Venezuela, donde comencé a dar clases, analizándola, recopilándola, ordenándola y sistematizándola, con motivo de lo cual fui publicándola en forma temática, por ejemplo, sobre principios de derecho público,¹ contratos administrativos,² recursos administrativos,³ discrecionalidad administrativa,⁴ funcionarios públicos,⁵ motivación de los actos administrativos,⁶ y expropiación,⁷ tarea que culminé una década después con la publicación de los siete tomos de *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1930-1975)* y *Estudios de Derecho Administrativo*, editada por la Editorial Jurídica Venezolana con los auspicios del Instituto de Derecho Público entre 1975-1978. Con posterioridad seguí con la recopilación de la jurisprudencia en mi Escritorio, y a partir de 1980 esa labor la ha cumplido la abogada Mary Ramos Fernández, quien ha tenido a su cargo con toda regularidad y eficiencia la sección de “Información Jurisprudencial” en la *Revista de Derecho Público*, habiendo tenido siempre yo la oportunidad, al darle la revisión final a cada número de la *Revista* antes de su publicación, de revisar dicha sección y analizar las novedades jurisprudenciales.

Antes de que comenzara a publicarse la *Revista*, sin embargo, elaboré varios estudios partiendo de la jurisprudencia, por ejemplo, sobre límites a la potestad discrecional de las autoridades administrativas,⁸ los efectos no suspensivos de los recursos contencioso administrativos,⁹ y sobre las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos,¹⁰ y otros relativos a casos judiciales específicos, sobre impuestos

¹ “Algunas bases fundamentales del derecho público en la jurisprudencia venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1963, pp. 143-147.

² “Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 26, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1963, pp. 127-154.

³ “Los recursos administrativos o gubernativos en la jurisprudencia venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 29, Universidad Central de Venezuela, Caracas, junio 1964, pp. 171-198.

⁴ “El poder discrecional en la jurisprudencia administrativa” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo 1964, pp. 187-194.

⁵ “La calificación de funcionarios o empleados públicos u obreros al servicio del Estado en la jurisprudencia administrativa venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 34, Universidad Central de Venezuela, Caracas, septiembre 1966, pp. 243-257.

⁶ “La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana” (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Marzo 1966, pp. 151-166.

⁷ *La expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Jurisprudencia, doctrina, administrativa, legislación)*, (con Prólogo de Enrique Pérez Olivares y Presentación de Sebastián Martín Retortillo), Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 2, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, 416 pp.

⁸ “Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35.

⁹ “Los efectos no suspensivos del recurso contencioso-administrativo de anulación y sus excepciones” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 37-38, Universidad Central de Venezuela, Caracas, diciembre 1967, pp. 293-302..

¹⁰ “Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa” en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre 1966, pp. 83-112.

municipales en 1966,¹¹ sobre el tema de la motivación de los actos administrativos publicado en 1971¹² y sobre los efectos del silencio administrativo publicado en 1981,¹³ todos los cuales menciono en recuerdo de mi temprana dedicación a comentar sentencias.

Por tanto, luego, desde que se inició la publicación de la *Revista*, estando asegurada la recopilación regular de la jurisprudencia, comencé a orientar mi estudio de la misma hacia los comentarios a sentencias específicas sobre casos de derecho administrativo y de derecho constitucional, la mayoría de los cuales fueron publicados sistemáticamente en la sección de “Comentarios Jurisprudenciales” de la *Revista de Derecho Público* desde 1980 hasta 2024, conformando un total de 100 trabajos que son los que se integran en este libro.

Además de todos ellos, debo mencionar que también elaboré muchos otros estudios en temas de derecho público, particularmente a partir de 1999 referidos a decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de Justicia, que no salieron en la *Revista de Derecho Público*, sino en otras publicaciones, particularmente en el exterior, entre los cuales están trabajos relativos a la libertad de expresión,¹⁴ sobre la despersonalización societaria,¹⁵ sobre el secuestro de los procesos electorales,¹⁶ sobre el recurso de interpretación

¹¹ “El juicio “Municipalidad del Distrito Federal contra el Instituto Nacional de Hipódromos” por la aplicación de las Ordenanzas de Impuestos sobre Apuestas Lícitas (Comentarios críticos en torno a una Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil)” en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 42, Contraloría General de la República, Caracas 1966, pp. 45-63.

¹² “Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 233-234.

¹³ “Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso administrativo de anulación” en *Revista de Control Fiscal*, N° 96, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 11-33.

¹⁴ Véase “La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador y editor), Héctor Faúndez Ledesma, Pedro Nikken, Carlos M. Ayala Corao, Rafael Chavero Gazdik, Gustavo Linares Benzo y Jorge Olavarría, *La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013)*, Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José 2001, pp. 17-57

¹⁵ Véase “La ilegítima despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad”, en *Congreso Internacional La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, julio 28-30, 2004, pp. 103-142; “La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela” en Alfredo Morles e Irene Valera (Coordinadores), *Derecho de Grupos de Sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Eventos, No. 19, Caracas 2005, pp. 91-129.

¹⁶ Véase, entre otros, “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en Rafael Chavero (ed), *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequis, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; “La Jurisdicción Constitucional al servicio de la política: de cómo el Juez Constitucional ha secuestrado y sometido al Poder Electoral y a la Jurisdicción Electoral en Venezuela,” en *La Justicia Constitucional en el Estado Social de derecho. Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés, II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional* (Coordinador Gonzalo Pérez Salazar), Universidad Monteávila, Funeda, Especialización en Derecho Procesal Constitucional, Caracas 2012, pp. 125-149.

constitucional,¹⁷ sobre el proceso de amparo,¹⁸ sobre supremacía constitucional,¹⁹ sobre el control de las omisiones legislativas,²⁰ sobre las mutaciones constitucionales mediante sentencias,²¹ sobre reformas tributarias,²² sobre la forma federal del Estado,²³ sobre la acción de habeas data,²⁴ sobre la acción popular de

¹⁷ Véase “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489.

¹⁸ Véase “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80; “El caso Tarjetas Banvenez y la consolidación de la figura del Amparo Cautelar Contencioso Administrativo,” en Belén Ramírez Landaeta y María Amparo Grau (Coordinadoras académicas), *Josefina Calcaño de Temeltas: Análisis Doctrinario de su Emblemática Obra Jurisprudencial*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Asociación venezolana de Derecho Administrativo, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2024, pp. 221-265.

¹⁹ Véase “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 9 enero-junio 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, México 2008, pp. 17-60; “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y César de Jesús Molina Suárez (Coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, Universidad nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, Tomo I, pp. 385-435

²⁰ Véase, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 271-286

²¹ Véase “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 *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, y en *Revista de Administración Pública*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418. “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la -reforma- de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51; “La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario,” en *Anuario de Derecho Público*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Año 2, Caracas 2009, pp. 23-65; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela, *Revista de Derecho Político*, No. 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325.

²² Véase “El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria”, en *Homenaje a Tomás Enrique Carrillo Batalla*, (Coordinador Asdrúbal Grillet Correa), Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2009, pp. 163-189

²³ Véase “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la -reforma- de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51; “La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La -Reforma- de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,- en *Anuario No. 4, Diciembre 2010*, Instituto de Investigación Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, El Salvador 2010, pp. 111-143; “El rol del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, en el marco de la ausencia de separación de poderes, producto del régimen autoritario,” en *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá D.C., 16 de marzo de 2011*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá de Bogotá 2011, pp. 85-111; “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: mediante interpretación constitucional,” en el libro: *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, Inst. Iberoamericano Dº Constitucional, Asociación Peruana Dº Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Maestría en Derecho Constitucional, Vol. 1, Tomo 1, Lima 2009, ISBN 978-612-4037-06-1, pp. 29-52.

²⁴ Véase “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional” en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Coordinador), *Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio. Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional* Mayo 26, 27 y 28 de 2010, Bogotá 2010, pp. 289-295.

inconstitucionalidad,²⁵ sobre las inhabilitaciones políticas impuestas por la Contraloría General de la República,²⁶ sobre la ley del contencioso administrativo,²⁷ sobre el recurso de revisión constitucional,²⁸ sobre el control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁹ sobre el rol de la Sala Constitucional,³⁰ y sobre desconstitucionalización de la garantía del debido proceso,³¹ sobre la destrucción del principio democrático,³² y sobre el sofocamiento del Poder Legislativo y la instauración

²⁵ Véase “La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional,” en *Estudios Constitucionales*, No. 9, 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile 2011, pp. 623-638

²⁶ Véase “La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2011, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como -inejecutable-),” en Jaime Rodríguez Arana y Ernesto Jinesta Lobo (Dirección), J. José Pernás García (Coord.), *El Derecho Administrativo en Perspectiva. Libro Homenaje a José Luis Meilán Gil*, Tomo II, Ediciones RAP, Buenos Aires 2014, pp. 97-156.

²⁷ Véase “Justicia y Administración en la Venezuela de comienzos del siglo XXI: contradicciones entre la jurisprudencia, el Legislador y la práctica de una llamada -justicia administrativa socialista-” (A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela N° 290 de 23 de abril de 2010, declarando la constitucionalidad del carácter -orgánico- de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010), en *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Coordinadores Eduardo García de Enterría, Ricardo Alonso García, Editorial Civitas, Madrid 2012, pp. 3.769-3.789.

²⁸ Véase “La metamorfosis jurisprudencial y legal del recurso extraordinario de revisión constitucional de sentencias en Venezuela” en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). *Derecho procesal constitucional*. Tomo III, volumen III. VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá 2012, p. 269-304.

²⁹ Véase “El ilegítimo -control de constitucionalidad- de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela*, 2011,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, núm. 16, Madrid (2012), pp. 355-387, y en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124 y en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN-e 0718-5200, ISSN 0718-0195, Año 10, N° 2, Santiago 2012, pp. 575-608;

³⁰ Véase “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad”. Trabajo elaborado para el *Libro Homenaje a Josefin Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2010, pp. 319-362. -La inconstitucional confusión e inversión de roles del Juez Constitucional en el Estado Totalitario: sobre cuando el Juez Constitucional, dejando de controlar la constitucionalidad de los actos de los Poderes Públicos, pasa a actuar como -asesor legal- o -consultor Jurídico- de los mismos,- en Ana Giacomette Ferrer (Coordinadora), *Jurisdicción y garantías Constitucionales en Iberoamérica. A 25 años de la Constitución de Colombia*, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Instituto de Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2016, pp. 383-410; “La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: Peligros del autoritarismo,” O de cómo, en Venezuela, el Juez Constitucional demolió los principios de la democracia representativa, de la democracia participativa y del control del poder), preparado para la conferencia del autor sobre -Democracia y Justicia Constitucional: Peligros del Autoritarismo,- en Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Elecciones Y Democracia En América Latina: El Desafío Autoritario-Populista, América Latina: debates sobre la democracia. 80 años de Dieter Nohlen*, Coloquio Iberoamericano No. 200, Max Planck Institute, Heidelberg, 11 septiembre 2019, Max Planck Institute de Derecho Público y Derecho Internacional, Heidelberg, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, ISBN 978-1-63624-528-6, pp. 77-202; -La fraudulenta y fallida -Magia- del Juez Constitucional en Venezuela. De cómo se -transforma- una acción de amparo, que fue declarada sin lugar, en una vía para emitir declaraciones políticas, sobre hechos políticos, ignorando la justicia y el debido proceso (Sobre la sentencia de la Sala Constitucional No. 65 del 26 de mayo de 2020),- en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 160, Homenaje Al Doctor José Santiago Núñez Aristimuño, enero-junio 2020, Caracas 2020, pp. 1229-1252.

³¹ Véase “La garantía del debido proceso respecto de las actuaciones administrativas, y su desconstitucionalización en Venezuela por el juez contencioso administrativo,” en Manuel Salvador Acuña Zepeda, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Juan Ángel Salinas Garza y Arnulfo Sánchez García (Coordinadores), *El Debido Proceso, Tomo IV. Desde una Visión Latinoamericana*, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Nuevo León, Tiran lo blanch, Ciudad de México 2016, pp. 85-99.

³² Véase, *El Juez Constitucional y la aniquilación del Estado democrático. Algunas claves -explicativas- encontradas en una Tesis -secreta- hallada en Zaragoza*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 4, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, 546 pp.; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con

de la dictadura judicial,³³ que el lector puede consultar en las obras citadas, y que en todo caso, junto con los trabajos incluidos en la *Revista de Derecho Público*, son de acceso libre en mi página web: www.allanbrewercarias.com, y en la misma página de la *Revista*: <https://revistadederechopublico.com>.

Sin embargo, como yo sigo aferrado a las ediciones en físico de los libros, incluso para mi propio uso personal en mi biblioteca, he querido editar esta obra con los 100 Comentarios Jurisprudenciales aparecidos en la *Revista*, para así, estando todos juntos en un grueso volumen, puedan ser de acceso rápido para consulta. Espero que, en ese sentido, el libro sea también de utilidad a los estudiosos de nuestra disciplina.

New York, abril 2025

prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015; *Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.; *Crónica sobre la -in- justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007; *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004.

³³ Véase, *Crónica constitucional del sofocamiento del Poder Legislativo 2016-2020*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No. 6, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2024, 2024; *Consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas / New York, 2017; *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.

1980

1. COMENTARIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 51 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL

Revista de Derecho Público, N° 2, abril-junio 1980,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 179-183

Con fecha 18 de septiembre de 1978 introdujimos por ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en el cual solicitamos de la Corte:

1º) que declarara la nulidad, por inconstitucionalidad, del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal promulgada y publicada en Gaceta Oficial que acompañamos, N° 2.297 Extraordinaria, de 18 de agosto de 1978, por violación de los artículos 46 y 121 de la Constitución; 2º) que en defecto de la declaratoria anterior, resolviera la colisión del mencionado artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal con los artículos 93, 95 y 96 de esa misma Ley, y en consecuencia, declarase cuál de esas normas debía prevalecer.

Admitido el recurso por auto del 28 de mayo de 1979 se resolvió sustanciarlo como de mero derecho sin relación ni informes, y notificado el Fiscal General de la República. La Fiscal designada para actuar ante la Corte presentó su escrito con fecha 28 de agosto de 1979, favorable a la declaratoria de inconstitucionalidad de la mencionada norma.

Con fecha 15 de abril de 1980, la Corte Suprema en Corte Plena y bajo la ponencia del Magistrado Carlos Trejo Padilla, declaró la nulidad, por inconstitucionalidad del mencionado artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal¹, conforme a los planteamientos por nosotros formulados, los cuales fueron los siguientes:

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY DE RÉGIMEN MUNICIPAL

1. *El principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos*

Es un principio fundamental del ordenamiento constitucional venezolano, el de la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos por todos los actos que realicen en ejercicio de sus funciones y en los cuales violen la Ley, abusen de su poder o violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución.

En tal sentido, los artículos 46 y 121 de la Constitución establecen lo siguiente:

Artículo 46. Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que los ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

Artículo 121. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de ley.

Se consagra así, constitucionalmente y con carácter general, la responsabilidad personal e individual de los funcionarios o empleados públicos y de todos los servidores del Estado que ejerzan el Poder Público; principio que ha reafirmado el propio texto constitucional respecto del Presidente de la República y los Ministros del Despacho Ejecutivo en sus artículos 192 y 196.

¹ Véase el texto de la sentencia en páginas 98 y siguientes de esta (*Revista de Derecho Público*, N° 2, abril-junio 1980, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 179-183).

Ahora bien, esta consagración constitucional de la responsabilidad individual de los funcionarios o empleados públicos se refiere a todas aquellas personas que ejerzan el Poder Público en cualquiera de sus ramas, y no se limita a los del Poder Nacional.

Por otra parte, no sólo se refiere a los funcionarios que ejerzan funciones ejecutivas, sino también a los que ejerzan funciones legislativas y judiciales. Es decir, se abarca con el principio a todos los servidores del Estado, tanto a nivel nacional, como estatal y municipal, y a los que en esos niveles ejercen funciones ejecutivas, legislativas o judiciales.

Los artículos 46 y 121, en este sentido, son claros y terminantes: la responsabilidad surge respecto de “Todo acto del Poder Público” (Art. 46) y con motivo del “ejercicio del Poder Público” y, por tanto, abarca a todos los funcionarios o servidores públicos de cualesquiera de las ramas del Poder Público tanto del Poder Nacional, como del Poder de los Estados o del Poder Municipal. La consagración de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, por tanto, abarca a los que presten servicios a la República, a los Estados y a las Municipalidades y a cualesquiera otras entidades de derecho público (institutos autónomos, por ejemplo) que ejerzan el Poder Público en forma descentralizada; sea en funciones ejecutivas, legislativas o judiciales.

2. *Las excepciones al principio*

Al consagrarse el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en los artículos 46 y 121 de la Constitución, el constituyente no ha establecido excepciones ni ha permitido, en forma alguna, que el legislador ordinario establezca excepciones a dicha responsabilidad individual. La responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos se ha regulado así, en la Constitución, como una materia de reserva constitucional, que sólo el constituyente puede regular y que el legislador no puede restringir.

En esta forma, es la propia Constitución la que ha establecido una excepción al principio general que ella prevé respecto de la responsabilidad individual de los funcionarios o servidores públicos, al establecer el principio contrario de la irresponsabilidad de los Senadores y Diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. En tal sentido, el artículo 142 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 142. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los Senadores ni a los Diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos.

Esta excepción constitucional al principio, también constitucional, de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos o de los servidores del Estado que en cualquier forma ejerzan el Poder Público en cualquiera de sus ramas y en cumplimiento de cualesquiera de las funciones estatales, es, sin duda, una “prerrogativa constitucional”, como lo califica el Profesor Orlando Tovar Tamayo (véase su libro, *Derecho Parlamentario*, Caracas 1973, p. 58), la cual, como tal, sólo corresponde a los Senadores y Diputados al Congreso Nacional, y no puede extenderse ni a los Diputados a las Asambleas Legislativas ni mucho menos a los Concejales de los Municipios.

El fundamento de esta irresponsabilidad de los Senadores y Diputados nacionales consagrada en el artículo 142 de la Constitución, tal como lo señala el propio Profesor Tovar Tamayo está en que “Como quiera que el parlamentario tiene como principal función el decidir acerca de los asuntos públicos con una absoluta independencia de razón y conciencia, y dado que está obligado a controlar la Administración Pública y, en general, hacer de censor de la comunidad, debe para el mejor logro en el cumplimiento de sus deberes, no sentirse vinculado a las reglas comunes sobre la responsabilidad, sea civil o penal” (pág. 58).

Se trata, por tanto, de una excepción constitucional al principio de la responsabilidad individual de los servidores públicos, que se fundamenta en la naturaleza deliberante y de control del órgano a través del cual se ejerce la soberanía popular.

3. *La irresponsabilidad de los concejales y la violación de la Constitución*

Ahora bien, el Legislador, al establecer en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 la irresponsabilidad de los concejales incurrió en una violación directa de la Constitución, razón por la cual dicha norma fue declarada inconstitucional.

En efecto, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece lo siguiente:

Artículo 51. No podrá exigirse a los Concejales responsabilidad en ningún tiempo por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo al Reglamento Interno.

Este artículo de la Ley de Régimen Municipal, al establecer la irresponsabilidad de los concejales, sin duda, es inconstitucional, pues viola el contenido de los artículos 46 y 121 de la Constitución en los cuales se establece el principio contrario: el de la responsabilidad de los funcionarios o servidores del Estado en todos los niveles del Poder Público. Tal como se dijo, esos artículos no admiten excepciones, y la sola excepción contenida en el artículo 142 del texto fundamental, también es de orden constitucional.

Al establecer una ley, por tanto, una excepción no prevista en la Constitución en una materia que es de reserva constitucional, esa ley está viciada de inconstitucionalidad, lo que ha sucedido con el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por otra parte, la inconstitucionalidad en que incurre la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 51 además, no tiene justificación de ninguna naturaleza ni puede tener una motivación similar a la que llevó al constituyente a consagrar la irresponsabilidad de Senadores y Diputados.

En efecto, no debe olvidarse que, conforme a lo establecido en la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal, los Concejos Municipales no sólo tienen carácter “*deliberante y normativo*”, sino “*administrativo*” (artículo 30). Por tanto, los Concejos Municipales, además de ser los órganos deliberantes y de legislación local o municipal, en cuyo carácter dictan actos normativos, como las Ordenanzas y actos de control político-local; son también órganos administrativos, en cuyo carácter dictan actos administrativos de efectos particulares, relativos a casos concretos, que pueden lesionar derechos e intereses particulares y mediante lo cual puede quedar comprometida la responsabilidad de la Municipalidad. Es un contrasentido inadmisibles en un Estado de Derecho donde la administración municipal está cuestionada y en crisis, que la Ley Orgánica de Régimen Municipal venga a establecer, formalmente, la irresponsabilidad de los concejales. Lo que se impone en la actualidad en la necesaria reforma del régimen local es el principio contrario: prever la responsabilidad de los concejales por las violaciones de ley y abuso de poder en que incurrir con frecuencia, como un medio adecuado para adecuar la institución municipal.

Por todo lo expuesto, no hay duda en considerar que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal es inconstitucional pues al establecer la irresponsabilidad de los concejales, viola directamente lo establecido en los artículos 46 y 121 de la Constitución, en los cuales se establece, sin posibilidad de que el legislador prevea excepciones, el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios o empleados públicos o al servicio de todas las ramas del Poder Público y en ejercicio de todas las funciones públicas, entre los cuales están, sin la menor duda, los concejales.

II. LA COLISIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 51 Y LOS ARTÍCULOS 93, 95 Y 96 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL

Por otra parte, de la lectura del articulado de la Ley Orgánica de Régimen Municipal resulta, además, una colisión entre el artículo 51 y los artículos 93, 95 y 96 de la misma Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En efecto, tal como se señaló, el artículo 51 de la Ley Orgánica establece la irresponsabilidad de los concejales, pero contradictoriamente con esa disposición, los artículos 93, 95 y 96 de la misma Ley Orgánica establecen el principio opuesto, el de la responsabilidad individual de los concejales en los siguientes términos:

Artículo 93. Los ingresos públicos extraordinarios sólo podrán destinarse a obras o servicios que aseguren la recuperación de la inversión o el incremento efectivo del patrimonio del Municipio.

Cuando dichos ingresos provengan de la venta de terrenos desafectados de la condición de ejidos y demás bienes inmuebles municipales, deberán necesariamente ser invertidos en la adquisición de otros bienes inmuebles de valor equivalente. *Los concejales serán responsables personalmente del cumplimiento de este artículo...*

Artículo 95. Los Concejales y demás funcionarios municipales que, con intención, o por negligencia, impericia, imprudencia, o con abuso de poder o violación de las leyes, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, decretos o instrucciones administrativas, causaren algún daño o perjuicio al Municipio, *están obligados a repararlo.*

La *responsabilidad civil* en que puedan incurrir los mencionados funcionarios conforme a este artículo es independiente de la responsabilidad administrativa o penal que les corresponda por delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y no excluye, en ningún caso, las que existan frente a terceros.

Artículo 96. Los Concejales o funcionarios de la Hacienda Pública Municipal que concedieren exoneraciones, condonaciones o remisiones de obligaciones atrasadas, sin el previo cumplimiento de las formalidades establecidas en las ordenanzas municipales, responderán personalmente al Municipio por la cantidad que, por tal causa, haya dejado de ingresar al Tesoro Municipal.

Estos artículos 93, 95 y 96 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con buen sentido, han establecido, formalmente, la responsabilidad civil o penal de los Concejales por sus acciones u omisiones, tanto frente a la propia Administración Municipal, como frente a los particulares; es decir, consagran el principio de la responsabilidad individual de los Concejales, lo cual colide abiertamente con el artículo 51 de la misma Ley, que, como se vio, consagra el principio de la irresponsabilidad de los Concejales por los votos y opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones.

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Ahora bien, con base en estos argumentos, con los cuales coincidió la opinión del Fiscal General de la República, la Corte Suprema declaró la nulidad del artículo 51 de la Ley Orgánica mencionada, en la siguiente forma:

“En ese sentido, la Corte observa que el artículo transcrito consagra el principio de la irresponsabilidad de los Concejales por los actos cumplidos en ejercicio de sus funciones, entre los cuales además de los deliberantes y normativos, se encuentran los relativos a la administración del erario municipal, con lo cual el legislador contraría en esa forma el principio constitucional opuesto de la responsabilidad civil, penal y administrativa de todos los servidores del Estado, salvo la única excepción, como ya se dijo, de los Senadores y Diputados, a quienes la Constitución de modo expreso libera de responsabilidad en los términos previstos en su artículo 142 y por los justificados motivos, antes sucintamente enunciados”.

“Es manifiesto, por lo tanto, que el citado artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, colide abiertamente con los artículos 46 y 121 de la Constitución, por lo que la nulidad del primero de los citados debe ser declarada, de conformidad con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 215 de la propia Constitución, y ordinal 1º del artículo 42, en concordancia con el artículo 43, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.

“Por haber prosperado el pedimento principal de declaratoria de nulidad de dicho artículo 51, es innecesario, de acuerdo con principios de técnica procesal, el examen del pedimento subsidiario, referente a la supuesta colisión del mencionado texto con otras normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que también aparece formulado en la demanda”.²

² Véase la Motivación de dicha Sentencia este N° 2 de la Revista ((*Revista de Derecho Público*, N° 2, abril-junio 1980, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas), pp. 98 y ss.

2. COMENTARIOS EN TORNO A LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Revista de Derecho Público, N° 4, oct-dic. 1980,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 189-193

I. EL CARÁCTER DE LA DECISIÓN JUDICIAL

La suspensión de efectos de los actos administrativos que pueden pronunciar los tribunales de lo contencioso-administrativo conforme a lo previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es una decisión de carácter provisional y temporal y no es definitiva. Por ello, la suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía jurisdiccional, en principio, *no prejuzga nunca sobre la definitiva*. Tal como lo señala Cirilo Martín-Retortillo González: “Suspende, según una de las acepciones del Diccionario de la Lengua, consiste en ‘detener o diferir por algún tiempo una acción u otra’; éste es su significado en el terreno procesal, con relación a la actividad de la Administración Pública sometida a revisión jurisdiccional. *Bien entendido que la suspensión no prejuzga para nada la resolución definitiva que el Tribunal haya de dictar en relación con el proceso principal*”¹. En otras palabras “es una mera detención de la actividad administrativa, *que nada prejuzga el resultado final del proceso jurisdiccional que tramita el Tribunal Contencioso-Administrativo*”²

Es más, si de principios jurisprudenciales se trata, resulta que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando el acto administrativo recurrido sea uno que haya revocado una autorización o permiso, procede la suspensión de los efectos del acto impugnado, sin que ello implique que se toque el fondo del asunto³.

Tal y como expresamente lo ha señalado la Corte con motivo de la solicitud de suspensión de los efectos de un acto administrativo: “En esta etapa del juicio no es procedente examinar la naturaleza intrínseca de los actos cuya nulidad se pide, ya que tal examen constituye, precisamente, el fondo de la cuestión controvertida”⁴. Por tanto, indicar, como lo ha hecho algunas veces la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema que decidir la suspensión de los efectos de un acto administrativo, implica pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, es desconocer la naturaleza y finalidad de esta facultad acordada legalmente a los tribunales contencioso-administrativos, de amparar a los recurrentes contra las arbitrariedades de la Administración que puedan causar perjuicios irreparables o de difícil reparación cuando se adopte la decisión sobre el fondo del asunto.

Ciertamente que la Corte Suprema de Justicia utilizó en muchas de sus decisiones ese argumento de que la decisión del pedimento previo de suspensión del acto recurrido implicaba pronunciarse sobre la definitiva^{4bis} pero ello lo hizo mientras no estaba legalmente consagrada esa potestad del juez contencioso-administrativo. Ahora bien, consagrada expresamente esa posibilidad en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, resultaría un contrasentido que se lesionaran innecesariamente los derechos e intereses de los recurrentes, al no suspenderse los efectos del acto recurrido, alegándose que ello implicaría prejuzgar sobre la definitiva. Si esto fuera así, nunca podría suspenderse los efectos de los actos impugnados, lo cual contradice el espíritu y naturaleza del recurso contencioso-administrativo.

¹ Véase en su libro *Suspensión de los Actos Administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*, Editorial Montecorvo, Madrid 1963, p. 42.

² *Idem*, p. 43.

³ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 22-4-71 en *Gaceta Forense* N° 72, p. 43 a 45.

⁴ Véase Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15-7-71 en *Gaceta Oficial* 1484 Extr. del 4-10-71, p. 8.

^{4bis} Véanse las sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. 2, Caracas 1978, p. 561 y ss.

II. EL FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El fundamento de la facultad dada legalmente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de suspender los efectos de los actos recurridos, como lo dice Jesús González Pérez, está en “la necesidad de arbitrar una garantía frente a la prerrogativa administrativa”⁵. Se trata, por tanto, de una garantía establecida, básicamente, en beneficio del recurrente, es decir, de aquel a quien la ejecución del acto afecta en sus derechos o intereses legítimos.

Ahora bien, este beneficio contrapone dos intereses: el interés del recurrente en suspender la ejecución del acto y el eventual interés colectivo o de terceros en que el acto se ejecute. En beneficio del primer interés, es que se permite la suspensión de los efectos del acto recurrido, como excepción al principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos. Como manifestación del segundo interés, para proteger el eventual interés colectivo o de terceros en la ejecución inmediata del acto, en su caso, es que el Juez contencioso-administrativo puede exigir fianza para dictar la suspensión.

Pero calibrar cuándo debe privar un interés sobre el otro es, precisamente, lo que el Juez contencioso-administrativo debe apreciar en base a la naturaleza y efectos del acto recurrido, en cada caso concreto, sin que ello signifique como se dijo, prejuzgar sobre la decisión definitiva.

Tal como el mismo Cirilo Martín-Retortillo González lo ha señalado “la suspensión se pide con ocasión de un recurso o proceso principal y para asegurar en su día el fallo que dicte el Tribunal en aquél; más exactamente, para la más fácil realización de la sentencia, evitando al recurrente la mortificación y menoscabo temporal de su patrimonio, si el acuerdo administrativo, luego revocado, lo hubiese ejecutado la Administración Pública, se suspende el acto administrativo con la finalidad de evitar los daños o perjuicios “de reparación imposible o difícil” que pudieran sobrevenir con la ejecución del acto o acuerdo administrativo recurrido. Es una mera detención de la actividad administrativa, *que nada prejuzga el resultado final del proceso jurisdiccional* que tramita el Tribunal contencioso-administrativo. Así se salvaguarda el derecho del recurrente, siquiera para defender también los intereses públicos o de terceros, el Tribunal le exija caución suficiente en aquellos casos en que el propio Tribunal estime que, con tal suspensión, pueda resultar daño o perjuicio a estos intereses”⁶.

Sobre estos mismos aspectos, el mencionado autor, en otra parte de su libro es claro en torno a la decisión del Tribunal en esta materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos:

“El Tribunal habrá de conjugar con el vivo sentido de justicia, base y fundamento de la función jurisdiccional, el interés público, la conveniencia de la comunidad, con el interés propio del recurrente; tarea que exige gran prudencia, pues es difícil, por la extraordinaria variedad de supuestos que la realidad nos brinda, establecer *a priori* los casos en que deba acordarse o denegarse tal supuesto. Lo que en unos casos puede ser correcto, en otros, porque concurra un matiz especialísimo, una circunstancia de tipo económico o social predominante, podrá motivar una solución distinta”⁷.

III. LOS INTERESES LESIONADOS CON LA DECISIÓN JUDICIAL

Como se señaló, la decisión judicial deberá dictarse previa la apreciación por el Juez de los intereses lesionados por la misma: si la decisión es de no suspender los efectos del acto recurrido, lesiona el interés del recurrente quien alega que la ejecución del acto le produce un gravamen irreparable o de difícil reparación; si, al contrario, decide la suspensión del acto recurrido, podría lesionarse un interés de tercero o de la colectividad.

Ahora bien, si en el caso concreto no hay ningún interés público ni de terceros que podrían verse lesionados por la suspensión de los efectos del acto recurrido, sin duda que la decisión judicial debería ser de suspensión de dichos efectos, pues la no suspensión no beneficiaría a ningún tercero ni a interés colectivo alguno, sino que sólo perjudicaría al recurrente.

Al contrario, si la suspensión de los efectos del acto recurrido produjese “grave perturbación al interés público”, ello podría ser una razón para que esta suspensión jurisdiccional no se acuerde⁸.

⁵ Véase en su *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Madrid 1958, p. 178.

⁶ *Op. cit.*, p. 43.

⁷ *Op. cit.*, p. 106 y 107.

⁸ Véase Cirilo Martín-Retortillo G., *op. cit.*, p. 64.

Ahora bien, cuando el único interés lesionado por la no suspensión de los efectos del acto recurrido es el del recurrente, no beneficiándose de esa no suspensión ni perjudicándose de la suspensión interés colectivo o de tercero alguno, es evidente que ésta puede dictarse por el Juez, máxime si la no suspensión produce al recurrente perjuicios de difícil reparación por la definitiva.

Pero, además, si el Tribunal apreciar que la suspensión de los efectos del acto recurrido puede perjudicar a terceros o al interés público, precisamente para garantizar que ello no se produzca es que la Ley dispone que el Tribunal, al tomar la decisión “podrán exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio”. Tal como lo señala Cirilo Martín-Retortillo G., la ley consagra la soberanía de los Tribunales “también en orden a la exigencia de la caución, al reconocerle la facultad indiscutible de apreciar si de la suspensión de efectos objeto de postulación puede derivar algún daño o perjuicio, bien a los intereses públicos o de tercero. Caso afirmativo, es obligatorio que exija caución suficiente para responder de los mismos. Establece una caución que los procesalistas llaman facultativa, por oposición a las de carácter forzoso”⁹.

Queda por tanto a juicio del Tribunal el estimar si la suspensión de los efectos del acto recurrido, en primer lugar, lesiona intereses colectivos o de terceros, y en tal supuesto el monto de la caución que exigiría presentar al recurrente.

IV. LA DIFICULTAD DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS

El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, autoriza a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa a suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares recurrido, “cuando la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Es decir, el motivo determinante de la suspensión, autorizada legalmente, no es solamente el perjuicio irreparable, circunstancia que sólo muy excepcionalmente podría darse tratándose de actuaciones de la Administración Pública, sino que la Ley ha consagrado como motivo, además y con acierto, el perjuicio de difícil reparación. Con ello se ha consagrado una mayor flexibilidad en la apreciación jurisdiccional de las circunstancias del caso, de manera que el Juez pueda decidir con mayor espíritu de equidad, exigiendo si lo juzga conveniente, la prestación de fianza para responder de los posibles daños o perjuicios que pudieren derivar para los intereses colectivos o de terceros con motivo de la suspensión.¹⁰

La decisión del Juez contencioso-administrativo, en definitiva, versará más sobre un problema de derecho administrativo que sobre un problema de derecho procesal, como acertadamente lo dice Jesús González Pérez¹¹, el cual es la estimación de la irreparabilidad del daño o de la dificultad de su reparación. Sobre esto, Cirilo Martín-Retortillo G., señala que: “Su determinación incumbe al Tribunal, llamado a decidir un problema de derecho administrativo más que procesal, que precisa en los juzgadores una especial atención para mantener, aun en esta fase incidental o precautoria, el vivo espíritu de justicia que caracteriza la actuación de nuestros Tribunales; que requiere sumo cuidado para mantener siempre el perfecto equilibrio entre la actuación de la Administración Pública y los derechos indiscutibles de los ciudadanos o de los particulares directamente afectados por el obrar de aquella”.

Y es precisamente este espíritu de justicia, el cual deben aplicar los Tribunales Contencioso-Administrativos, cuando la suspensión de los efectos del acto recurrido no perjudica a nadie, ni a terceros ni al interés colectivo; y en cambio, su no suspensión, sólo perjudica al recurrente causándole perjuicios de difícil reparación¹².

En particular, los perjuicios serían de difícil reparación cuando una vez que se obtenga decisión definitiva en el juicio de impugnación del acto recurrido, y que el Tribunal declare la nulidad de acto recurrido, resulta sumamente difícil obtener de la Administración cuyo acto se recurre el resarcimiento de los daños causados por los efectos del mencionado acto.

Como acertadamente lo señala Cirilo Martín-Retortillo G., en su citado libro Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso:

⁹ *Op. cit.*, p. 98.

¹⁰ Cfr. Cirilo Martín-Retortillo G., *op. cit.*, p. 76.

¹¹ *Op. cit.*, Tomo III, p. 181.

¹² *Op. cit.*, p. 78.

“Es importantísima la declaración o el pronunciamiento que haga sobre el particular el Tribunal competente para ello, pues, ciertamente, interesa evitar el sarcasmo que representaría que un recurrente obtuviera sentencia favorable, anulatoria del acuerdo recurrido, cuando su legítimo derecho hubiere quedado sacrificado por una precipitada ejecución del acto impugnado, y tuviere que iniciar un nuevo proceso para la ejecución de la sentencia anulatoria, en circunstancias quizás llenas de dificultades para la debida reparación”¹³.

Sobre la dificultad de la reparación de los daños que pueda causar la ejecución de un acto administrativo, y que justificarían la suspensión de sus efectos, este autor señala que:

“La dificultad puede estar no precisamente en la pobreza o insolvencia, sino en la dificultad del órgano administrativo para justipreciar tales daños o perjuicios. La nueva Ley jurisdiccional, con un espíritu más generoso (con igual redacción al texto venezolano) amplía la causa de difícil reparación para comprender todos aquellos casos en que, *sea por la mecánica interna de los organismos administrativos, sea por las normas presupuestarios que rijan la vida económica de los entes públicos, el recurrente que alcanza sentencia favorable no logre fácilmente la reparación de daños y perjuicios*”¹⁴.

¹³ *Op. cit.*, p. 78.

¹⁴ Véase Cirilo Martín-Retortillo G., *op. cit.*, p. 80 y 81. Sobre los criterios jurisprudenciales de los Tribunales españoles al aplicar una norma similar a la del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sobre la apreciación de los perjuicios de difícil reparación. Véase Francisco Pera Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Barcelona, 1969, p. 726 y ss.

1981

3. COMENTARIOS SOBRE EL IMPUESTO MUNICIPAL DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Revista de Derecho Público, N° 4, abril-junio 1981,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 199-208

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 27 de noviembre de 1980, ha puntualizado de nuevo algunos aspectos centrales relativos al impuesto municipal a las actividades lucrativas, denominado comúnmente Patente de Industria y Comercio, en la siguiente forma:

“Asimismo se observa: que son conceptos distintos -que la contribuyente confunde-, el hecho imponible, o hecho generador del impuesto, y la base imponible. El primero es el supuesto de la norma impositiva, a cuya ocurrencia o producción se causa el impuesto; en tanto que la segunda es la cuantificación de aquel hecho, a la cual se aplicará la alícuota o módulo del impuesto -también llamado impropriamente tarifa-, para calcular el monto del impuesto causado. En lo que concierne al impuesto municipal denominado “Patente de Industria y Comercio” -lo ha dicho ya la Corte en oportunidades anteriores-, el hecho imponible, conforme a lo previsto en la respectiva Ordenanza del Distrito Federal, de cuya ejecución se trata, es «toda actividad industrial, comercial o de índole similar ejercida en el Distrito Federal con fines lucrativos», según el artículo 1° de la Ordenanza de 1968, o -dicho lo mismo de otro modo-, «el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de índole similar en jurisdicción del Distrito Federal», según el mismo artículo de la Ordenanza de 1976; y, tratándose de un impuesto territorial, esta Ordenanza previene, como criterio interpretativo de la territorialidad, que, «a los fines de esta Ordenanza, se considera que dichas actividades son ejercidas en jurisdicción del Distrito Federal, cuando una cualquiera de las operaciones o actos fundamentales que la integran o la determinan, se ha realizado dentro del territorio de la entidad» (artículo 2°). La base imponible de este tributo son los «ingresos brutos» o el «producto de ventas u otras operaciones»: este concepto se ha mantenido, fundamentalmente, en ambas Ordenanzas. De modo, pues, que debe tenerse claramente precisado que este impuesto no grava los «ingresos brutos» ni las «ventas», sino el ejercicio de actividades económicas lucrativas en el Distrito Federal: los «ingresos brutos» y el «producto de las ventas» son, pura y simplemente, la base de cálculo de impuesto”¹.

Ahora bien, esta decisión nos motiva a puntualizar algunos criterios claves relativos a este impuesto municipal, en particular, en lo concerniente a su naturaleza, y su ámbito de aplicación territorial y temporal, para lo cual tomaremos como ejemplo las regulaciones pertinentes del Distrito Federal.

II. EL IMPUESTO DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO: AUTORIZACIÓN INDUSTRIAL-COMERCIAL E IMPUESTO A LAS ACTIVIDADES LUCRATIVAS

La Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Federal dispone que, para establecer cualquier negocio *industrial, comercial o de índole similar* en el Distrito Federal, es requisito indispensable obtener *permiso* previo del Gobernador del Distrito Federal², agregando el artículo 4 de la misma que “*este permiso se titulará Patente de Industria y Comercio*”.

¹ Véase la sentencia de la Sala, N° 237, en M. Ramos Fernández, “Jurisprudencia administrativa y constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 5, Caracas, enero-marzo 1981, pp. 99 a 101.

² Artículos 1 y 2.

Por tanto, *en principio*, la exacción que regula la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio quiere ser una simple *autorización* para ejercer la industria y el comercio. Por ello se dice que el “*permiso*” para el ejercicio de actividades industriales y comerciales en el Distrito Federal, “se titula Patente de Industria y Comercio”.

El origen de este tributo, tal como lo señala Albi³, es evidente que ha de buscarse en Francia. Establecido por la Revolución -Ley de 2 de marzo de 1791- en provecho del Estado, subsistió en dicho país hasta 1917, recayendo sobre las patentes recargos adicionales en beneficio de los municipios. La *Contribución de patentes* sirvió de modelo a la mayoría de los países europeos. Fue introducida en España en 1845, y en Italia la patente industrial y comercial es utilizada de modo directo por los municipios. Así también, la contribución industrial francesa fue modelo de reformas fiscales de tipo municipal en casi todos los países latinoamericanos.

Ahora bien, la Revolución francesa implantó el principio de la libertad industrial. Todo ciudadano francés podía dedicarse libremente al ejercicio de una industria, sin sujetarse a otro requisito que *la adquisición de una patente* exigible todos los años. En relación a esta “patente”, Gabriel Franco señala que el requisito de este permiso “fue sólo un pretexto para abrir una nueva fuente de ingresos, hasta el punto de que exigía una suma fija, independientemente de la importancia de las industrias, y más tarde se transforma en un *impuesto* conducente a gravar la capacidad tributaria, utilizando ciertas señales o signos”⁴.

Y ciertamente, en la actualidad, las llamadas patentes de industria y comercio, se ha considerado que constituyen una típica “contribución industrial”⁵ o un típico “impuesto a las actividades”⁶.

En efecto, en las leyes tributarias más antiguas -por ejemplo, en la ya citada contribución industrial francesa de Patentes de 1798 y en la Ley prusiana de 1820-, el impuesto se recaudaba por los signos exteriores: por la extensión del local en el cual se realizaba la explotación, o por el número de sus empleados y obreros, o por la cantidad de productos elaborados o materias primas invertidas. Por consiguiente, el impuesto no afectaba el producto verdadero sino un producto presunto, que se consideraba obtenible en promedio. No se prestaba la menor atención a la influencia personal del director de la empresa sobre la cuantía del rendimiento, ni a las diferencias de organización y de empleo del capital, que en definitiva determinaban el producto de la industria; tampoco se atendía a los gastos de producción ni a los intereses de las deudas.

Al progresar la diferenciación de las explotaciones industriales en el siglo XIX, por la aparición de las grandes empresas que no podían incluirse en el antiguo esquema, se hicieron necesarias las reformas, las cuales tendieron en algunos sistemas a acercar la contribución industrial a un *impuesto parcial sobre la renta*, en cuanto procede de la industria al gravar el *producto real* a base de las declaraciones del contribuyente en lugar del producto presunto; y a permitir la *deducción* de los gastos de producción y de las deudas⁷.

En este sentido, señala Albi, que entre los gravámenes municipales sobre la industria nos encontramos en ciertos casos con verdaderos impuestos de producto, es decir, que en vez de pagarle un tanto alzado por una *simple autorización* para desarrollar determinada actividad, procediéndose discrecionalmente en virtud de *signos externos*, se pretende afectar *los provechos obtenidos*, el beneficio del negocio, si bien, en algunos países no se llega a gravar el producto neto, como en Venezuela, sino que se opera simplemente sobre el importe de las *ventas brutas* llevadas a cabo en un período determinado. En este sentido, el artículo 8° de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio señala que los porcentajes para determinarse el impuesto por la “Junta de Clasificación”, “conciernen el *volumen de ventas, ingresos brutos* o de las operaciones efectuadas por el contribuyente, salvo *determinación especial*”.

Para ello, los contribuyentes interesados tienen obligación de presentar una declaración jurada del movimiento de su negocio, teniendo la Administración, natural-mente, el derecho de comprobación y examen de la contabilidad de la empresa. En este sentido, “los contribuyentes a quienes no se les señale patente” en la Ordenanza del Distrito Federal, es decir, aquellos que no tienen una “determinación especial”, están obligados conforme al artículo 6° de la misma a presentar una declaración, según la índole de su negocio, contentiva de “una relación del monto de las ventas, ingresos brutos o de las operaciones

³ Véase Fernando Albi, *Derecho Municipal Comparado del Mundo Hispano* Madrid 1955, p. 472.

⁴ Véase Gabriel Franco, *Principios de Hacienda Pública*, Buenos Aires, 1957, p. 322.

⁵ Cfr. Ehberg-Boesler, *Principios de Hacienda*, Barcelona, 1944, p. 200.

⁶ Cfr. Wilhelm Gerloft y Fritz Neumark, *Tratado de Finanzas*, Tomo II, Buenos Aires 1961, p. 432.

⁷ Véase Ehberg-Boesler, *op. cit.*, p. 201.

efectuadas del 1º de octubre al 30 de septiembre que forman una anualidad”. Dicha declaración, conforme al mismo artículo 6º de la Ordenanza “está sujeta a fiscalización por los funcionarios que designe el Gobernador”.

Por otra parte, agrega la misma disposición de la Ordenanza, que “los contribuyentes a quienes se les asigne una patente de acuerdo con el capital están obligados a declarar por escrito el capital existente para el 15 de noviembre de cada año, incluyendo la totalidad de existencias mobiliarias y demás bienes del activo”.

Del análisis de la Ordenanza sobre Patentes de industria y Comercio del Distrito Federal, se deduce claramente en nuestro criterio, que, en algunas oportunidades se está en presencia de un típico impuesto de producto de acuerdo a la terminología de Albi⁸, es decir, de un típico impuesto sobre las actividades lucrativas, industriales o comerciales. Sin embargo, esta modalidad, en nuestro criterio no es exclusiva, sino que, ciertamente, se combina con la “patente”, distribuyéndose entre una y otra, el total de la materia imponible, es decir, de las actividades industriales y comerciales realizadas en el Distrito Federal. Ello hace, por supuesto, que en algunas oportunidades se haga difícil la determinación de cuándo se trata de una verdadera “patente” o de un impuesto sobre la actividad.

III. LA CAUSACIÓN Y FIJACIÓN DEL IMPUESTO

Conforme a lo señalado anteriormente, por tanto, en el impuesto de patente de industria y comercio, tal y como reiteradamente lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, el hecho generador del impuesto “es el ejercicio de la industria o del comercio, entendidos, éstas y aquéllas, en su cabal acepción económica”⁹.

Por tanto, la obligación tributaria en el impuesto de patente de industria y comercio nace al producirse el presupuesto de hecho (hecho generador), es decir, al ejercerse actividades industriales o comerciales en el territorio municipal determinado, durante un lapso de tiempo fijado en las Ordenanzas Municipales, y que, en el caso del Distrito Federal, se establece entre el 1º de octubre de cada año y el 30 de septiembre del año siguiente. Se trata, por tanto, de un presupuesto de hecho o hecho generador de causación prolongada cuya realización, transcurrido todo el lapso de duración fijado, da origen a una sola obligación tributaria autónoma. El período mencionado constituye, así, un elemento material del hecho gravable, por lo que debe esperarse a que cada período termine no sólo para que surja la obligación tributaria, sino para conocer si existe o no el elemento material del impuesto, es decir, si se han realizado o no actividades lucrativas en el período.

Ahora bien, transcurrido el lapso establecido durante el cual se realizan las actividades lucrativas en el Distrito, al vencerse el mismo, el 30 de septiembre de cada año, se causa el impuesto de patente de industria y comercio. La determinación o fijación del impuesto, se establece así, después de producido el hecho imponible, en forma anticipada a su pago, y dicho impuesto, conforme lo determina la Ordenanza, corresponde al que ha de pagarse al año siguiente. Así, por ejemplo: para los hechos generadores del impuesto (actividad lucrativa) producidos entre el 1º de octubre de 1978 y el 30 de septiembre de 1979, se establece el impuesto correspondiente al año de 1980.

En efecto, la fijación del impuesto se hace anualmente, en forma anticipada al pago tomando como base imponible las ventas, los ingresos brutos u otras operaciones realizadas en el año anterior; y su exigibilidad se produce con la liquidación del tributo por la autoridad municipal, la cual se puede hacer mensual o trimestralmente.

Ahora bien, para fijar el impuesto de patente de industria y comercio, el legislador municipal ha establecido, como lo señala el Profesor Ezra Mizrachi, “una base imponible” constituida por el monto de las ventas, ingresos brutos o de las operaciones efectuadas por el contribuyente durante el año anterior comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de septiembre, a cuyo efecto debe enviar una declaración a la autoridad municipal¹⁰. Sin embargo, es claro que en el impuesto de patente de industria y comercio no debe confundirse el hecho generador del impuesto (la realización de una actividad lucrativa) con la base

⁸ *Op. cit.*, p. 476.

⁹ Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, de 15-3-67, en *Gaceta Forense* N° 55, 1968, pp. 165 a 168.

¹⁰ Véase Ezra Mizrachi, “El régimen legal de los ingresos tributarios de la Municipalidad del Distrito Federal”, en UCV, *Estudio de Caracas*, Vol. VIII, Tomo I, Caracas 1972, p. 460.

imponible. Como lo ha dicho claramente la Corte Suprema de Justicia, “el impuesto denominado patente de industria y comercio, que la Constitución atribuye a la competencia municipal, no es un impuesto sobre las ventas, ni sobre los ingresos brutos, ni sobre el capital. El hecho generador de este impuesto, como la misma denominación de él ya lo sugiere, es el ejercicio de la industria o del comercio... De ahí que no deben confundirse: ni el hecho generador del impuesto, a cuya ocurrencia éste se causa, con la base para el cálculo o base imponible la cual pueden ser las ventas, los ingresos brutos o el capital, que el legislador municipal seleccione como tal base, según la naturaleza de la industria o del comercio que se ejerza; ni la causación del impuesto con el otorgamiento del permiso o licencia, también denominados patente, previos al ejercicio de la industria o del comercio que se pretenda ejercer. Si se confunde lo primero -hecho generador del impuesto con su base imponible- el impuesto no tendría por objeto toda actividad industrial o comercial, sino las ventas, los ingresos brutos o el capital, en sus casos; y si se confunde lo segundo, la causación del impuesto con el otorgamiento del permiso previo denominado patente, el impuesto no sería tal, sino una tasa.

Tales confusiones, siempre posibles, sólo resultan explicables en razón de la defectuosa conceptualización técnica de la gran mayoría de nuestras ordenanzas municipales fiscales; pero, una interpretación lógica de sus textos es suficiente para disipar las dudas que puedan surgir al respecto”¹¹.

De lo anterior resulta claro, entonces, que el *hecho generador* del impuesto de patente de industria y comercio es la mera realización de una actividad lucrativa industrial o comercial por un contribuyente en el territorio de una Municipalidad, durante un lapso de tiempo que va entre el 1º de octubre de cada año y el 30 de septiembre del año siguiente; que, por tanto, la *causación* del impuesto, es decir, la oportunidad en la cual el impuesto se causa se produce con la ocurrencia del hecho generador, es decir, al concluir el lapso dentro del cual se debe haber realizado la actividad lucrativa; y que la *base imponible* del impuesto puede ser, según los casos y conforme lo determine el legislador, las ventas, los ingresos brutos o el capital.

Por otra parte, el impuesto se fija anualmente, después de realizarse el hecho generador y por anticipado a su pago el año siguiente, teniendo en cuenta una base imponible efectuada durante el año precedente.

Estas características aparecen claramente especificadas, también, en la Ordenanza del Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Sucre del Estado Miranda de 1980 y, en efecto, conforme al artículo 1º, la Ordenanza “regula el ejercicio de toda actividad industrial, comercial o de índole similar realizada por personas naturales o jurídicas con fines lucrativos, en jurisdicción de este Distrito” y establece un “impuesto por el ejercicio de actividades comerciales o industriales” (art. 40); la declaración con fines fiscales que deben presentar los contribuyentes se refiere al movimiento económico “correspondiente al año anterior” comprendido entre el 1º de octubre de cada año y el 30 de septiembre del año siguiente (art. 27); o al período de tiempo desde su instalación hasta el 30 de septiembre (art. 29); el monto del impuesto establece o se fija por anualidades anticipadas (art. 40), calculado conforme a unas tarifas determinadas en la Ordenanza (art. 35) y se liquida por mensualidades o por trimestres (art. 40).

El impuesto, se insiste, se fija por anualidades, fijación que se notifica formalmente al contribuyente por el Boletín de Notificación de Industria y Comercio (artículo 42).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL IMPUESTO

Vistas las anteriores consideraciones generales sobre las contribuciones contempladas en las Ordenanzas sobre Patentes de Industria y Comercio, nos corresponde determinar ahora el ámbito de aplicación territorial de la misma y, en nuestro criterio, ese ámbito de aplicación viene determinado claramente por las propias Ordenanzas. En efecto, el artículo 1º de la Ordenanza del Distrito Federal establece que “la presente Ordenanza concierne a toda actividad industrial, comercial o de índole similar ejercida en el Distrito Federal por personas naturales o jurídicas, con fines lucrativos”.

Por otra parte, el artículo 2º de la Ordenanza agrega que “para ejercer cualquier negocio de los sujetos a la presente Ordenanza (toda actividad industrial, comercial o de índole similar ejercida en el Distrito Federal) es requisito indispensable obtener permiso del Gobernador del Distrito Federal”.

En consecuencia, y ello es evidente, la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio sólo puede tener el ámbito de aplicación territorial correspondiente al territorio del Distrito Federal y, por consiguiente, sólo puede gravar la actividad industrial ejercida en el territorio del Distrito Federal y la actividad comercial

¹¹ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, de 15-3-67, en *Gaceta Forense*, N° 55, Caracas 1968, pp. 165 a 168.

ejercida en el territorio del Distrito Federal. Por el contrario, la Municipalidad del Distrito Federal no puede gravar ni las actividades industriales ni las actividades comerciales ejercidas fuera del territorio del Distrito Federal.

El ámbito de competencia territorial es una de las características esenciales de las Municipalidades. En efecto, éstas, dentro de la clasificación general de las personas de derecho público, son catalogadas dentro de las personas político-territoriales, pues su existencia está condicionada por el ámbito especial de ese mismo territorio.

En esta forma y en la aplicación concreta de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio, por ejemplo, a empresas productoras de artículos de primera necesidad, la situación es la siguiente:

a) Si se trata de Industrias Nacionales *situadas en el territorio del Distrito Federal*, éstas están gravadas con el $1/2^{0}/_{00}$ sobre el monto de sus ventas. En este sentido se le aplica el artículo 8° de la Ordenanza que establece “*Industrias Nacionales de Artículos de Primera Necesidad* (tejidos, ropas, calzados y productos alimenticios). Las empresas que los produzcan, sobre el monto de sus ventas: medio por mil ($1/2^{0}/_{00}$)”. Debe advertirse que *lo que aquí se grava es la actividad industrial*, es decir, la actividad *productora* de bienes o artículos de primera necesidad. La forma de gravar esa actividad industrial de acuerdo a la ordenanza se establece en relación al “monto de ventas”. Es decir, el porcentaje del medio por mil ($1/2^{0}/_{00}$) ha de calcularse sobre el monto de las ventas de la Empresa productora, sea que esas ventas hayan sido realizadas en el Distrito Federal o directamente por la Empresa productora en otros ámbitos territoriales nacionales fuera del Distrito Federal. Y ello, porque lo que aquí se grava es la actividad *industrial*, productora de bienes en el Distrito Federal, siendo el “monto de las ventas” solamente un *índice* para calcular el monto de la exacción.

Por otra parte, debe quedar muy claro que el empleo del calificativo “Nacionales” por parte de la Ordenanza cuando grava la actividad industrial de las “Industrias Nacionales” tiene por objeto, en nuestro criterio, exclusivamente, disipar las dudas que podrán surgir de la naturaleza de la exacción, si se pretendiera que la Patente sólo sería aplicable a las Industrias que se desarrollen sólo en el ámbito territorial del Municipio. La Ordenanza ha disipado esas dudas, aclarando que el impuesto recae no sólo sobre las industrias que se desarrollan con ámbito en el solo Distrito Federal, sino también recae sobre las Industrias que tengan carácter nacional, es decir, que desarrollen o puedan desarrollar su actividad en toda la República.

b) Si se trata de Industrias Nacionales *situadas fuera del territorio del Distrito Federal*, la actividad puramente industrial de ellas no puede ser gravada por la Municipalidad del Distrito Federal, pues hemos dicho que ésta sólo puede gravar las actividades industriales que se desarrollan en el territorio del Distrito Federal. Sin embargo, si una de esas Industrias Nacionales que produce bienes o artículos de primera necesidad fuera del Distrito Federal vende sus productos directamente en el propio Distrito Federal, la Municipalidad de este Distrito puede gravar esa actividad, que en este caso será un típica *actividad comercial*, pues no se trata de producción de bienes en territorio del Distrito Federal, sino de venta y comercio de bienes realizada en el Distrito Federal que han sido producidos fuera de su territorio. En este caso, si se trata de Industrias Nacionales de Artículos de primera necesidad (tejidos, ropas, calzado y productos alimenticios) que producen fuera del territorio del Distrito Federal, pero que venden dentro de él, por no tener esa *actividad comercial* realizada en el Distrito Federal un porcentaje específico de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio, será gravada con el porcentaje del cinco por mil ($5^{0}/_{00}$) correspondiente a “otros ramos no especificados: sobre el monto de las ventas realizadas *dentro del Distrito Federal*”, y, en cambio, no puede gravarse la actividad comercial realizada fuera del Distrito Federal.

La forma como quedará gravada la actividad de una sola empresa en el Distrito Federal variará entonces según que lo que se grava sea la *actividad industrial* de la empresa o la *actividad comercial* que ella misma realice.

Esto trae, por supuesto, como consecuencia, que las Empresas Industriales productoras de artículos de primera necesidad situadas en el Distrito Federal deban pagar un porcentaje de $1/2^{0}/_{00}$ en relación al monto de sus ventas, por la realización de sus actividades *industriales* en el Distrito Federal y, en cambio, las Empresas Industriales de la misma índole situadas fuera del Distrito Federal deben pagar un porcentaje más alto, del 5% en relación, si es el caso, también al monto de sus ventas realizadas en el Distrito Federal, por la realización en él de una *actividad comercial*.

Este diferente tratamiento impositivo se debe a la diferente *actividad* que se grava: la actividad industrial en el primer caso y la actividad comercial en el segundo caso. Ante esto, debe aclararse, no cabría alegarse violación de los artículos 34 y 18 de la Constitución, cuando éstos establecen que las

Municipalidades no podrán gravar bienes de consumo producidos fuera del territorio “en forma diferente a los producidos en él”; y ello, porque las Patentes sobre Industria y Comercio *no* gravan “bienes de consumo”, pues no se trata de impuestos sobre el *consumo*, sino que gravan las *actividades lucrativas* (industriales y comerciales). No se gravan los bienes como podrían hacerlo los impuestos sobre el “ganado en pie o sobre los productos o subproductos” o los impuestos sobre “los productos de la agricultura, la cría y la pesquería de animales comestibles” a que aluden los artículos 18 y 34 de la Constitución, sino lo que grava es la *actividad* industrial y comercial.

Como consecuencia de lo expuesto, debe decirse que las Industrias Nacionales *productoras* de bienes y artículos de primera necesidad *fuera* del territorio del Distrito Federal, por realizar sus actividades *industriales* fuera del territorio del Distrito Federal, no pueden ser gravadas como las Empresas Industriales de artículos de primera necesidad situadas en el territorio del Distrito Federal. Sin embargo, si dichas empresas realizan actividades comerciales en el Distrito Federal sí pueden ser gravadas con patentes sobre esa actividad comercial realizadas en el Distrito Federal, y que, en ese caso, por no existir especificación en la Ordenanza, están gravadas con el porcentaje del cinco por mil (5^{0/00}) sobre el monto de las ventas realizadas en el Distrito Federal.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DEL IMPUESTO

El impuesto de patente de industria y comercio, por otra parte, se rige por la Ordenanza vigente para el momento de la causación y posterior fijación, por lo que una vez fijado, no puede modificarse la alícuota por una reforma de la Ordenanza y aplicarse al impuesto ya causado, sino al que se cause con posterioridad a la modificación.

En efecto, tal como lo establece la Constitución, “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo” (art. 44) lo cual es evidentemente aplicable a las Ordenanzas Municipales y, por supuesto, a las de carácter tributario.

Además, en materia tributaria, el principio de la irretroactividad de la ley tiene su fundamento en la certeza de la tributación, por la perturbación que se produce en los cálculos de los contribuyentes¹² pues la aplicación de una ley retroactiva “puede ocasionar una notable perturbación en los planes económicos de tales sujetos y llegar, incluso, a provocar una importante fricción con el principio de la capacidad de pago”¹³.

De acuerdo al principio de la irretroactividad de la Ley, por tanto, la Ley aplicable a un tributo tiene que ser la vigente al tiempo de producirse el devengo del mismo, por lo que la Ley aplicable tiene que preceder en el tiempo a la realización del hecho imponible. Por el contrario, tal como lo señala Sainz de Bujanda, “la hipótesis de la retroactividad de la Ley tributaria supone que la obligación tributaria surge con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley, pero referida a un hecho imponible realizado en fecha anterior”¹⁴, por lo que la irretroactividad implica que la Ley tributaria no pueda aplicarse “a obligaciones ya nacidas o hechos imponibles ya producidos”¹⁵. Por tanto, la retroactividad existe en sentido técnico jurídico, si el hecho imponible ha tenido íntegra realización antes de entrar en vigor la Ley, o, en otras palabras, hay retroactividad cuando acaecido un hecho imponible, una ley posterior “reconoce, modifica o extingue unos determinados efectos tributarios configurados antes de distinta manera”¹⁶.

En esta forma, el hecho imponible o hecho generador del impuesto de patente de industria y comercio, tal como se dijo, es la realización pura y simplemente de actividades lucrativas comerciales o industriales en el Distrito Federal, durante un período de tiempo precedente a la fijación del tributo. Realizadas esas actividades lucrativas, el impuesto se causa y surge la obligación tributaria. El pago de tributo, sin embargo, se hace durante el año siguiente, calculado anticipadamente a las liquidaciones y al pago, y posteriormente a la realización del hecho generador, sobre una base imponible normalmente relacionada al volumen de ventas o los ingresos brutos. Por tanto, por ejemplo, para un contribuyente, el hecho de realizar actividades económicas en el Distrito Federal antes del 30 de septiembre de 1979, es decir, entre el 1-10-78 y el 30-9-

¹² Véase Santiago Parra de Maz, “La retroactividad de la ley fiscal y el principio de la capacidad tributaria”, en XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid 1972, p. 615.

¹³ Véase Fernando Sainz de Bujanda, Hacienda y Derecho, Vol. IV, Madrid 1966, pp. 383 y 384.

¹⁴ *Idem*, op. cit., p. 383.

¹⁵ Véase José Luis Pérez de Ayala, *Derecho Tributario*, Tomo I, Madrid 1968, p. 120.

¹⁶ Véase Santiago Parra de Mas, *loc. cit.*, p. 622.

79, provocó la causación del impuesto para 1980, y surgió la obligación tributaria respectiva para ese año 1980, habiéndosele, además, fijado anticipadamente dicho impuesto. Para su fijación, la autoridad municipal tomó como base imponible los índices previstos en la Ordenanza vigente en diciembre de 1979, respecto a la actividad económica de la empresa hasta el 30 de septiembre de 1979.

Ahora bien, una vez fijado el impuesto a fines de 1979, y liquidado parte de él en 1980, por el hecho de que se sancione una nueva Ordenanza en marzo de 1980, que cambie las alícuotas, como sucedió, en efecto, en el Distrito Sucre del Estado Miranda, no podría pretenderse aplicar las nuevas tarifas al impuesto causado en 1979 y ya fijado. De lo contrario, la autoridad municipal incurriría en una violación de la Constitución, por aplicación retroactiva de la Ordenanza.

En esta materia debe recordarse que “siendo la relación tributaria una obligación *ex-lege* y produciéndose su nacimiento con la aparición concreta del hecho generador, este momento genético marca el régimen jurídico que habrá de regir la obligación tributaria. Se aplicará a su respecto la legislación vigente en esa oportunidad, ya en cuanto a la alícuota, como respecto de la definición y magnitud de la base de cálculo, a las excepciones y rebajas tributarias, etc. Vale decir que cualquier modificación de la relación sustancial derivada de una ley posterior no puede aplicarse retroactivamente en detrimento del contribuyente, so pena de violar la disposición constitucional que prohíbe la retroactividad de la ley en perjuicio del derecho adquirido, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada”¹⁷.

Por tanto, la modificación a una alícuota establecida, por ejemplo, en una Ordenanza que entró en vigor en marzo de 1980 no puede aplicarse a un hecho generador del impuesto que se produjo entre el 1º de octubre de 1978 y el 30 de septiembre de 1979, y, por tanto, a una obligación tributaria cuyo nacimiento se produjo el 30 de septiembre de 1979, dando origen a una fijación del impuesto en diciembre de 1979, notificada al contribuyente normalmente en enero de 1980. Sería absolutamente inconstitucional, por tanto, pretender aplicar una Ordenanza que entró en vigor en marzo de 1980 a todos esos hechos y actos producidos y realizados con anterioridad a su misma promulgación, pues con ello se estaría dando efectos retroactivos a sus normas. Esto es lo que ha sucedido en el Distrito Sucre del Estado Miranda, lo que ha provocado el ejercicio de varios recursos contencioso-administrativos de anulación contra los actos administrativos que le dieron efectos retroactivos a la Ordenanza que entró en vigor en marzo de 1980.

¹⁷ Véase Araujo Falção, *Fato gerador de obrigação tributaria*, Sao Paulo, p. 149.

1983

4. ASPECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES

Revista de Derecho Público, Nº 16, oct-dic. 1983,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 227-233

El Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital en sentencia de fecha 11 de agosto de 1983, dictada en un juicio de nulidad de un acto administrativo de la Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda declaró inadmisibles un recurso contencioso administrativo basándose en la ausencia de legitimación activa del recurrente, es decir, en que carecía de interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto administrativo recurrido.

En esta sentencia, el Juzgado mencionado incurre en errores que evidencian una falta de conocimiento sobre el proceso contencioso-administrativo y sus causales de inadmisibilidad, y que hacen necesario formular algunos comentarios críticos.

I. EL OBJETO DEL JUICIO Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL RECURRENTE

En efecto, el juicio decidido en la sentencia mencionada se inició en virtud de un recurso contencioso-administrativo de anulación intentado por una empresa contra un acto administrativo adoptado por el Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, mediante el cual dicho Concejo revocó un Permiso de Construcción que había sido otorgado a la empresa recurrente, por la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda, para construir una edificación en parcelas propiedad de un tercero que tenía arrendadas; permiso de construcción otorgado, en un todo, de acuerdo a la Zonificación y requisitos previstos en la Ordenanzas Municipales, circunstancia que no fue cuestionada por la autoridad municipal. La titular del Permiso de Construcción era la empresa recurrente beneficiaria y destinataria, por tanto, de dicho acto administrativo, que le declaró el derecho de construir en las parcelas que tenía arrendadas, una edificación para la realización de sus actividades comerciales.

Posteriormente, como se dijo, el Concejo Municipal revocó el mencionado Permiso de Construcción, mediante acto administrativo, notificado formalmente a la empresa recurrente, siendo ella el sujeto destinatario de este acto administrativo revocatorio del Permiso de Construcción. Este acto administrativo revocatorio del Permiso de Construcción legalmente otorgado, sin duda, lesionó directa y personalmente el derecho de la empresa recurrente a construir, pues le quitó tal derecho; derecho que le había sido previamente declarado en virtud del Permiso de Construcción que le fue otorgado para construir en el inmueble que tenía arrendado.

Queda, por tanto, fuera de toda duda, el interés personal, legítimo y directo de la empresa recurrente en que el ilegal acto revocatorio fuera declarado nulo, y, por tanto, en interponer el recurso contencioso-administrativo que originó el proceso, es decir, su legitimación activa para ello. Además, la revocatoria dictada mediante el acto impugnado ocasionó a la empresa recurrente daños cuyo resarcimiento también se solicitó al Tribunal mediante la condenatoria respectiva a la Administración Municipal, por lo que el interés personal, legítimo y directo que tenía en la anulación del acto era evidente.

Por tanto, en nuestro criterio, no hay duda en que la empresa recurrente era la legitimada para interponer el recurso y solicitar la anulación del acto recurrido y la condena a la Administración Municipal que contiene.

II. LA SENTENCIA COMENTADA

Pero a pesar de que en nuestro criterio es evidente el interés legítimo, personal y directo de la empresa recurrente para interponer el recurso y llevar el juicio, el Tribunal mencionado, en la Sentencia señalada evidenció una vez más, el poco conocimiento que tenía el titular de ese Despacho de los más elementales principios que rigen el procedimiento contencioso-administrativo, al haber declarado sin lugar el recurso interpuesto “de conformidad con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el ordinal 19 del artículo 124 *ejusdem* y ordinal 19 del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil”.

Estos artículos en los cuales se fundamentó el Juez para dictar su decisión disponen lo siguiente: el artículo 121 establece que “La nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada. sólo por quienes tengan *interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate*”; el artículo 124, ordinal 19 establece que “no se admitirá el recurso de nulidad... *cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente*”; y el artículo 257, ordinal 19 del Código de Procedimiento Civil establece que “las excepciones de inadmisibilidad proceden... *por falta de cualidad o interés en el actor o en el demandado para intentar o sostener el juicio*.”

El Tribunal, para llegar a esta decisión, en la cual realmente lo que hizo fue incurrir en ilegalidad al violar las mismas normas citadas en las cuales se fundamenta, se basó en las siguientes consideraciones:

“En efecto tal como ha sido demostrado en autos, la recurrente con fecha 20 de julio de 1979, *arrienda el inmueble, objeto del permiso de construcción* a que se contrae el acto administrativo impugnado, adquiriendo por ese medio la titularidad de “arrendatario” y es facultado por el contrato suscrito para realizar “construcciones o modificaciones que estime pertinentes”, estableciéndose como condición especial “que la validez de este contrato está condicionado a la obtención por parte de “LA ARRENDATARIA” de los Permisos y Autorizaciones Oficiales requeridos para proceder a construir sobre el terreno arrendado, la edificación proyectada para el cumplimiento de los fines comerciales propios, y si ocurriere la negativa del Permiso “LA ARRENDATARIA” podrá dar por terminado este contrato; luego con fecha 11 de junio de 1980, le es otorgado al recurrente por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Distrito Federal y Estado Miranda, el Permiso Clase A de Construcción N° 32519, el cual le fue revocado mediante decisión del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda dictada en sesión de fecha 10 de noviembre de 1980, Acta N° 85, punto 29 y en la cual se aprobó el Informe N° 127 de la Comisión de Urbanismo, y que constituye el acto administrativo recurrido en este juicio, y como consecuencia de esta revocatoria, -tal como lo expresa el recurrente, en la notificación judicial que le hace a “EL ARRENDADOR” en fecha 15 de diciembre de 1980, queda resuelto el contrato de arrendamiento y hace entrega de la parcela.

“De tal manera, que el recurrente al resolver el contrato de arrendamiento *pierde su cualidad de arrendatario, siendo ésta, la única titularidad que lo vinculaba a la parcela en cuestión, por cuanto de los autos no se desprende que exista ninguna otra relación jurídica entre el actor y la Municipalidad* y si tomamos en cuenta que la cualidad ha sido definida por el autor patrio Luis Loreto, “como una relación de identidad lógica entre la persona a quien la Ley concede abstractamente la acción y el actor concreto; y entre la persona contra quien la Ley otorga. abstractamente la acción y el demandado concreto, ha de inferirse que *al cesar la titularidad de arrendatario como en el presente caso, inexistente la cualidad para hacerse parte en el presente juicio*, y así lo ha dispuesto el Legislador, al establecer en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de que “la nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el, acto de que se trate”, lo que constituye indubitablemente una causal de inadmisibilidad por disponerlo así el artículo 84, en su Ordinal 19, *ejusdem*, de que “El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad: 19: Cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente”.

“En consecuencia, este Juzgado *considera que por cuanto con fecha 15 de diciembre de 1980 se extinguió la relación contractual existente entre el recurrente y el “ARRENDADOR” de la referida Parcela, lo cual extingue incontrovertiblemente su titularidad de Arrendatario*, y por cuanto el recurso de impugnación del referido acto administrativo fue presentado con *posterioridad a la extinción de esa titularidad*, esto es con fecha 15 de mayo de 1981, lógico y así lo considera este Juzgado que a la fecha de la presentación del presente recurso, *el recurrente carecía de legitimación activa para solicitar la nulidad del presente acto administrativo de efectos particulares*, y siendo que el recurrente *no acreditó tener por ningún otro medio cualidad e interés personal, legítimo y directo* en impugnar el acto administrativo a que se contrae este recurso, este Juzgado de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el ordinal 19 del artículo 124 *ejusdem*, y el Ordinal 19 del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, considera que el recurso interpuesto contra el acto administrativo objeto del mismo, es impermitiblemente inadmisibile”. (Subrayados nuestros).

Es decir, el Tribunal en la sentencia que comentamos, ha confundido la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos, y ha desconocido la noción de interés legítimo, personal y directo en derecho administrativo, como fundamento de dicha legitimación, y en el caso concreto, ha confundido la situación jurídica de la empresa recurrente, desconociendo que su interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto recurrido, deriva del hecho de ser destinataria de dicho acto, que revocó un acto administrativo precedente, el Permiso de Construcción del cual era titular, y en forma alguna, del hecho de haber sido arrendataria de un inmueble. El interés legítimo, personal y directo de la empresa recurrente, lesionado por el acto recurrido, deriva de la lesión a la relación jurídica establecida entre ella y el Concejo Municipal originada por el Permiso de Construcción revocado, y en forma alguna, por la relación jurídica que podía existir entre ella y el propietario del inmueble como consecuencia del contrato de arrendamiento, por lo que no tiene asidero jurídico alguno, la afirmación de la sentencia comentada de que la relación jurídica existente entre la empresa recurrente y la Municipalidad era un contrato de arrendamiento suscrito entre dos particulares. Al haber confundido una cosa con otra, y negarle legitimación activa a la empresa recurrente por el hecho de haber cesado de ser arrendataria del inmueble, desconociendo que su interés personal, legítimo y directo deriva del hecho de ser titular y beneficiario de un Permiso de Construcción revocado por el acto recurrido, del cual ella es destinataria, el Juez, en realidad, aplicó erradamente los artículos 121 y 124, ord. 19 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 257, ordinal 19 del Código de Procedimiento Civil.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS JUICIOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES

Ahora bien, las confusiones en las cuales ha incurrido la sentencia que comentamos obligan a que insistamos sobre la legitimación activa en los juicios contencioso-administrativos de anulación de los actos administrativos de efectos particulares.

En efecto, el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece lo siguiente:

“La nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes *tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate*”.

Esta norma, sin duda, establece la condición esencial de la legitimación activa en los juicios contencioso-administrativos de anulación de los actos administrativos de efectos particulares: el recurrente tiene que tener interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate; y “ese interés legítimo se materializa en el hecho de que el o los interesados sean los destinatarios del acto o en que estos se encuentren en una especial situación de hecho frente al actuar administrativo, de manera que por ello, el ordenamiento jurídico proteja especialmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa” (véase Allan R. Brewer-Carías, “El recurso contencioso-administrativo contra los actos de efectos particulares. Los vicios de los actos administrativos” en la obra *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, Vol. 1, pág. 83).

Ahora bien, esta exigencia legal, sin duda, deriva de la consagración positiva de un principio fundamental que en materia contencioso-administrativa había sido construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que resulta, entre otras, de las decisiones que a continuación comentamos.

La antigua Corte Federal, en sentencia de 14-04-60, estableció lo siguiente: “Los ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, admiten el recurso contencioso de anulación de actos administrativos, exigen, como requisito procesal, que el demandante ostente un interés que, *en todo caso*, ha de ser personal, directo y legítimo, aunque, como lo dispone el artículo 14 de nuestro Código de Procedimiento Civil, puede ser eventual o futuro, salvo el caso en que la Ley lo exija actual”... “Este interés que han de ostentar en el recurso de anulación de un acto administrativo (lo tienen) las partes, entendiéndose por tales *las que han establecido una relación jurídica con la Administración Pública*, o aquél a quien la *decisión administrativa perjudica en su derecho o en su interés legítimo*”. Concluye la antigua Corte Federal en dicha sentencia, afirmando que, en el juicio contencioso de anulación, por supuesto, de los actos de efectos particulares, “sólo pueden actuar *los sujetos a quienes directamente afecta el acto administrativo*”. (Véase en *Gaceta Oficial* N° 26222 de 01-04-60).

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de 6-2-64 al precisar la legitimación activa del recurrente en los juicios contencioso-administrativos de anulación, señalaba que la legitimación “implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto”; y tal aptitud, dice la Corte siguiendo a Jesús González Pérez (*Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Madrid 1966, pág. 263), “viene determinada por la posición en que se encuentren las partes respecto de la pretensión procesal; por lo que sólo

las personas que mantengan determinada relación con la pretensión están legitimadas en el proceso en que la misma se deduce”. Agrega la Corte, que el legitimado tiene “que ser la persona concreta, *con facultad de poder reclamar* o imponer una decisión administrativa. En resumen, puede estimarse la legitimación como la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso, a *las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio*”, es decir, con el acto administrativo recurrido. En otras palabras, el interesado es aquél que ostente un interés jurídicamente relevante en la anulación del acto (véase la sentencia en *Gaceta Oficial* N° 27373 de 21-2-64).

En otra sentencia del 18-2-71, la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema aclaraba que “Esta relación determina precisamente el interés que vincula a los particulares con el proceso a través del nexo jurídico que se establece, por efecto del acto administrativo, entre la Administración y los administrados. Por consiguiente, la persona que resulte lesionada a causa de la decisión administrativa debe estar procesalmente asistida de su derecho o su interés legítimo”, concluyendo que en el contencioso-administrativo de anulación de los actos de efectos particulares, “sólo pueden actuar los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo”, es decir, “las que tuvieran un interés legítimo en su anulación” (véase en Gaceta Oficial N° 1472 Extra de 11-6-71).

Por último, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21-12-72, considerando la legitimación activa en estos recursos como resultado de una particular situación de hecho del administrado respecto del acto recurrido, señaló lo siguiente: “Las circunstancias expresadas dejan constancia de que la cuestión debatida en este proceso tiene que ver directamente con *la particular situación de hecho en que se encuentra la actor a, como vecina de la zona* donde habita y en una de cuyas áreas, cercana también a su vivienda, podría levantarse una construcción en perjuicio de sus derechos y con violación, en su parecer, por parte de la Administración, de las normas de interés general que atienden al desarrollo urbanístico de la región. Conforme a tales razones, la Corte estima que la decisión administrativa que se discute *está relacionada con el derecho de la actora*, cuyo interés legítimo, personal y directo en el planteamiento del caso puede resolver, y, en consecuencia, su legitimación activa en el proceso ha quedado plenamente demostrada”. (Véase en *Gaceta Oficial*, N° 1568 Extra de 12-02-73).

En definitiva, conforme al artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y a la jurisprudencia del Supremo Tribunal, la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativo de anulación, corresponde a los sujetos de derecho que hayan sido directamente afectados por el acto administrativo que se recurre, en virtud de ser destinatarios del acto o de la especial situación de hecho en que se encuentren frente a dicho acto, que exija la protección del ordenamiento jurídico. En ambos casos, los legitimados activos son sujetos de derecho que se hallan en una determinada relación jurídica con la Administración en virtud del acto recurrido, y que obtendrían un beneficio con la anulación del acto o, al contrario, resultarían perjudicados con la no anulación del acto. Como lo señala Jesús González Pérez: “La legitimación constituye una titularidad emanada de la posición peculiar en que determinada persona se encuentra frente a determinado proceso, cuya decisión es susceptible de afectar a un interés jurídicamente protegible que sirve de nexo entre uno y otro” (véase en *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Madrid 1966, p. 269).

Ese interés, origen de la legitimación activa, es el que la Ley Orgánica califica como personal, legítimo y directo, y es el que “caracteriza la posición del sujeto que, en presencia de una norma que impone un deber a la Administración Pública, no es actualmente titular de un poder, pero de él se sabe que, si la Administración no observa la norma, devendrá titular del poder de promover, convirtiéndose en actor en el proceso administrativo, la anulación del acto; en suma, de constituir en el Tribunal administrativo la obligación de anular el acto ilegal” (véase Faustino Cardón Moreno, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona 1979, pág. 91).

Ahora bien este interés personal, legítimo y directo de una persona en la anulación de un acto administrativo, se configura como una situación jurídica determinada de ese sujeto de derecho derivada de una relación jurídica que tiene con la Administración Pública y su actividad, por tratarse, por ejemplo, de “la persona destinataria del acto o por estar colocado en una especial situación de hecho frente a dicho acto administrativo” (véase Allan R. Brewer-Carías, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela*, Caracas 1983, p. 29) que amerite la protección del ordenamiento jurídico.

Ese interés en recurrir y en anular el acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, precisamente, es el que tenía la empresa recurrente en el juicio que provocó la sentencia comentada; pues el acto recurrido, al revocar el Permiso de Construcción del cual era beneficiaria, lesionó directamente sus derechos e intereses dada la particular relación jurídica que existe entre ella y la Administración.

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA RECURRENTE EN EL CASO CONCRETO

La empresa recurrente en el juicio cuya sentencia comentamos, conforme a lo anteriormente señalado, sin duda, es la que tenía la legitimación para recurrir, conforme a lo antes señalado, y ello, por las siguientes razones:

En primer lugar, por ser titular de un Permiso de Construcción legalmente otorgado, conforme a las Ordenanzas Municipales, que la Municipalidad no podía revocar, en virtud de que declaraba un derecho a favor de la recurrente. Ese Permiso de Construcción estableció una relación jurídica concreta entre la Administración y la empresa recurrente, con derechos y obligaciones recíprocos, que la Administración y ella debían cumplir y respetar. El acto administrativo recurrido, al revocar el Permiso de Construcción, lesionó directamente la mencionada relación y la situación jurídica de la empresa recurrente, pues se le cercenó el derecho que tenía de construir una edificación en el inmueble arrendado.

Como lo ha señalado Eduardo Vivancos, “La acción de anulación tiene apoyo en la disconformidad al Derecho. En efecto, el que pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada será porque esta situación se hallaba amparada en alguna ley, reglamento o acto administrativo que ha sido desconocido por el acto impugnado” (véase *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona 1963, p. 179).

En el caso decidido en la sentencia que comentamos, esta es, precisamente, la situación: la empresa recurrente tenía una situación jurídica reconocida y amparada por las Ordenanzas y el Permiso de Construcción que le permitían edificar; el acto impugnado desconoció esa situación jurídica, lesionándola, por lo que evidentemente que tiene interés legítimo, personal y directo en que el acto se anule y se le restablezca su situación, resarciéndosele los daños causados por el acto ilegal.

En segundo lugar, la legitimación activa de la empresa recurrente, su evidente interés legítimo, personal y directo, se deriva del hecho de ser ella la destinataria del acto impugnado. Este se le notificó a ella formalmente y está dirigido a ella, por lo que ella es la directamente afectada por el mismo, y quien tiene interés en su anulación.

En tercer lugar, tan lesiona el acto recurrido los derechos e intereses de la empresa recurrente, que la ilegal revocación del Permiso de Construcción le produjo daños y perjuicios materiales cuyo resarcimiento se han demandado.

La legitimación activa de la recurrente, en resumen, resulta que siendo titular de un Permiso de Construcción legalmente otorgado es posteriormente revocado por el acto recurrido; de que es la empresa recurrente la destinataria del acto recurrido, y de que este le ha producido daños y perjuicios en su patrimonio, que deben ser resarcidos por la Municipalidad. Nada tiene que ver, en la configuración de esa legitimación, la relación jurídico-privada que pudiera tener la empresa recurrente con otro particular, como es la derivada de un contrato de arrendamiento, por lo que al confundir la sentencia comentada una cosa con la otra ha incurrido en una ilegalidad.

La legitimación activa de la empresa recurrente frente al acto recurrido y su interés personal, legítimo y directo en impugnarlo y en que sea anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, no deriva de su condición o no de arrendatario de un inmueble, relación en la cual nada intervino ni interviene la Administración Municipal, sino de su condición, de ser titular de un Permiso de Construcción revocado por esa Administración Municipal mediante el acto recurrido, del cual es ella destinataria. Por tanto, el hecho de que se hubiera rescindido el contrato de arrendamiento, para que no se produjeran mayores daños por el ilegal acto recurrido, no cambia ni altera en forma alguna su legitimación activa derivada del interés en que el acto impugnado se anule en vía judicial, y se le resarzan los daños y perjuicios que le ha causado.

Este interés personal, legítimo y directo de la empresa recurrente en la anulación del acto recurrido, debidamente acreditado y probado documentalmente en el juicio, es un interés *personal* desde el momento en que el acto ha lesionado a la propia empresa, al revocar su Permiso de Construcción y al causarle daños y perjuicios a su patrimonio; es un interés *directo*, toda vez que la anulación del acto impugnado le origina un beneficio directo a la recurrente, pues le restablece su situación jurídica lesionada por

el acto recurrido; y es *legítimo*, pues es un interés protegido por el legislador, al punto de que el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sanciona con la nulidad absoluta actos como el recurrido, que desconocen situaciones jurídicas ya resueltas, como la que se deriva del permiso de construcción.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, resulta evidente el error en que incurre la sentencia comentada, al desconocer la legitimación activa de la empresa recurrente.

5. LOS PODERES DE LOS TRIBUNALES AGRARIOS PARA ADOPTAR MEDIDAS PREVENTIVAS Y LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AUTORIZATORIOS DE MOVIMIENTOS DE TIERRA

Revista de Derecho Público, N° 18 abril-junio 1984,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 211-216

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 30 de diciembre de 1965, "Las actividades que impliquen destrucción de vegetación en terrenos de propiedad privada, solamente podrán efectuarse con la previa autorización del Ministerio de Agricultura y Cría, en la forma que determine el Reglamento" (art. 34). Hasta que se dictó el Reglamento de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 11 de febrero de 1969 (Decreto N° 1333), la concesión de las referidas autorizaciones estaba regulada por el Decreto N° 497 de 30 de diciembre de 1958, cuyas normas, en su casi totalidad, fueron incorporadas al referido Reglamento.

Al entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Administración Central de diciembre de 1976, en abril de 1977, y comenzar a funcionar el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, este Despacho asumió las competencias que en esta materia correspondieron al desaparecido Ministerio de Agricultura y Cría.

El Reglamento de la Ley Forestal, de 1969, regulaba el procedimiento a seguir para los parcelamientos urbanísticos en sus artículos 70 a 75, y estos fueron modificados en el nuevo Reglamento de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas dictado por Decreto N° 2117 de 12 de abril de 1977 en cuyos artículos 64 a 69 se regulaba en detalle todo el procedimiento administrativo a seguir para la obtención del referido permiso para la remoción de tierras y deforestaciones con fines urbanísticos: especificaciones de la solicitud (art. 64); inspección de carácter técnico *in situ* por la autoridad administrativa (art. 65); notificación al solicitante de la posibilidad de deforestación y enumeración de los recaudos que está obligado a enviar el solicitante (art. 66); posibilidad de la autoridad administrativa de modificar los planos, lo cual debía ser atendido por el solicitante (art. 67); lapso para el otorgamiento o la negativa del permiso (art. 67); necesidad de motivar la decisión en caso de que el permiso fuera negado (art. 68); obligación del solicitante de cumplir otros requisitos y obligaciones legales (art. 68); y posibilidad de que se le pudiera exigir fianza para asegurar la ejecución de los trabajos (art. 69).

De las normas anteriores se evidencia que las atribuciones de la Administración son de carácter reglado en la concesión o negativa de los permisos en cuanto a los trámites y requisitos exigidos, y que, si bien se consagraba una discrecionalidad técnica para poder negar los permisos, el ejercicio de la misma, que permitía negar el permiso por razones "técnicas", exigía que se razonara la decisión (art. 67), de manera que pudiera haber un control de los motivos del acto.

Es de destacar que, el Decreto N° 688 de 3 de julio de 1989 contentivo de las Normas para el desarrollo y control de Urbanizaciones derogó expresamente los referidos artículos 64 al 69 del Decreto N° 2117 reglamentario de la Ley.

En todo caso, queda vigente la Ley Forestal, de Suelos y Aguas en cuyo artículo 34 se exige la obtención de la autorización previa del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en las actividades que impliquen destrucción de vegetación. Aquí se establece, ciertamente, una limitación a la propiedad privada.

En efecto, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto. Conforme a la Constitución, es un derecho que tiene una función social que cumplir (art. 99); y conforme a ella está sometido a limitaciones, restricciones, contribuciones y obligaciones. Entre las limitaciones a la propiedad, están las limitaciones al ejercicio de la misma, y particularmente las limitaciones al uso del bien objeto de dicho derecho. Dentro de estas, se ubican las limitaciones de carácter urbanístico.

En esta forma, el derecho de propiedad implica el derecho del propietario a usar la cosa o bien objeto de su derecho, pero sometido a las limitaciones legalmente establecidas. Esto, en materia urbanística, implica varias consecuencias:

En primer lugar, la exigencia de limitaciones al uso de la propiedad por razón de urbanismo, y como toda limitación a la misma, ellas son de reserva legal; es decir, solo el legislador nacional (Cámara Legislativa) o el legislador local (Concejos Municipales), en sus respectivos ámbitos de competencia, pueden establecer limitaciones a la propiedad.

En segundo lugar, las limitaciones al uso de la propiedad no implican la imposibilidad de dicho uso o que este no exista, sino que, para poder realizarlo, es necesario que se levante el obstáculo jurídico dispuesto por el legislador. En este sentido, el hecho de que para poder urbanizar un inmueble urbano se requiera un permiso nacional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, no implica que el propietario no tenga derecho a usar del bien objeto de su propiedad en esa forma; lo que sucede es que, para ejercer su derecho a usar su propiedad, parcelándola o urbanizándola, requiere de una autorización administrativa. Esta autorización no crea el derecho de uso en una forma determinada, sino que más bien, *declara la existencia de dicho derecho* al constatar que su ejercicio se hará conforme al ordenamiento jurídico vigente.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO AUTORIZATORIO DEL MOVIMIENTO DE TIERRA

Ahora bien, este acto administrativo del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables que contiene la autorización de movimiento de tierra y deforestación previsto en el artículo 34 de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas es, ante todo, un acto administrativo reglado, pues las normas de la Ley le precisan expresamente a la autoridad nacional su competencia, sin que se le atribuyan facultades discrecionales o de apreciación, salvo las de carácter estrictamente técnicas.

En este sentido, la antigua Corte Federal fue precisa: “La Administración Pública, como órgano de la actividad estatal, no puede ejercitar sus funciones, sino dentro de los precisos límites del derecho positivo, pues la demarcación de éstos constituye *garantía* establecida en beneficio de los particulares o administrados contra *las posibles arbitrariedades de la autoridad ejecutiva*. Como antes se dijo, la Administración Reglada es aquella cuyos actos están sujetos a las disposiciones de la ley, reglamento o cualquiera otra norma administrativa, ya que, así como en el Derecho Privado el acto jurídico requiere capacidad de parte de quien lo realiza, así también en el Derecho Público el funcionario debe actuar con arreglo a los trámites establecidos con miras a la finalidad social buscada” (véase Sentencia de 17-07-53 en *Gaceta Forense* N° 1, 1953, p. 153 y 154).

Como consecuencia, siendo un acto administrativo reglado, la autoridad nacional debe dictarlo, como lo ha hecho, ajustándose a las normas previstas en la Ley. De lo contrario, si la solicitud no se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico, la autoridad nacional no podría otorgar la autorización.

Pero además de ser un acto administrativo reglado, la autorización de movimiento de tierra es un acto administrativo declarativo de un derecho del propietario, derivado del derecho de propiedad. La posibilidad del propietario de deforestar y cambiar la topografía del terreno deriva de su derecho de propiedad. Sin embargo, el Legislador somete su ejercicio a la obtención de una autorización de la Administración Pública para verificar que dicha facultad se ajusta al interés general. La autorización, una vez dictada, reconoce, declara y consolida el derecho del propietario; no “crea” un derecho para él, pues tal derecho preexiste, sino que simplemente significa la remoción del obstáculo jurídico que el Legislador había establecido para el ejercicio del derecho.

Por otra parte, el referido acto administrativo de autorización de movimiento de tierra, además de ser un acto reglado declarativo de un derecho subjetivo a favor de particulares, es un acto administrativo que queda definitivamente firme, si una vez dictado, no se ejercen los recursos jurídicos para impugnarlo. Como tal acto firme declarativo de derechos, la autorización de movimiento de tierra surte todos sus efectos y es obligatorio tanto para las autoridades nacionales, estatales y municipales, ejecutivas y judiciales, como

para los propietarios destinatarios de sus efectos. Como consecuencia, la autoridad nacional sea de la rama ejecutiva o judicial no puede desconocer, suspender o revocar sus efectos, salvo cuando tiene para ello una autorización legal expresa, y en particular puede ejecutar todas las actividades que le permite el acto, teniendo por límite las disposiciones legales.

En efecto, los actos administrativos firmes declarativos de derechos a favor de particulares son actos que producen todos sus efectos y obligan tanto a los Jueces como a la Administración Pública a cumplirlos. Por tanto, su obligatoriedad rige tanto para la Administración que lo dictó como para los particulares (Confróntese lo decidido por la antigua Corte Federal y de Casación en Sentencia de 26-10-49 en *Gaceta Forense* N° 3, 1949, p. 25 a 27), como para las autoridades judiciales, mientras el acto no sea declarado nulo.

La consecuencia fundamental de esta ejecutoriedad de los actos administrativos autorizatorios es que después de dictados, las autoridades públicas tanto administrativas como judiciales no pueden suspender sus efectos o revocarlos, salvo que la Ley las autorice expresamente para ello. De lo contrario, si no está prevista esa autorización legal, el funcionario que revoca un acto administrativo o suspende sus efectos incurre en extralimitación de atribuciones. Tal como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en relación con la Administración: “como los agentes de la Administración Pública, sea cual fuere su rango, no tienen más atribuciones que las que les otorgan las leyes y al ejercerlas deben someterse a lo que éstas dispongan, en conformidad con el artículo 117 de la Constitución, son suficientes las consideraciones anteriores para concluir que el Ministro se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, al dar curso a la solicitud de reconsideración propuesta por los representantes de I.S.C.A. y revocar, por contrario imperio, lo decidido por él en un caso sobre el cual ya había perdido la jurisdicción” (véase Sentencia de 18-03-69 en *Gaceta Forense* N° 63, 1969, p. 228 a 235). Lo mismo se aplica a las autoridades judiciales.

Por tanto, la ejecutoriedad de los actos administrativos implica que ellos, una vez firmes, surten todos sus efectos y no puede la Administración o la autoridad judicial revocarlos o suspender sus efectos sino cuando esté autorizada legalmente para ello. Por supuesto, esta ejecutoriedad respecto de los actos administrativos creadores o declarativos de derecho implica que toda revocación o suspensión de sus efectos pronunciada por alguna autoridad pública sin autorización legal, da derecho a indemnización por parte del beneficiario del acto, por los daños y perjuicios que le cause la revocación o suspensión de los efectos del acto.

III. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RESPECTO DE LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LAS POTESTADES DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE DICHS ACTOS

Los actos administrativos no solo son obligatorios para las autoridades administrativas, sino que también obligan a las autoridades judiciales, quienes no pueden libremente suspender sus efectos, mientras dichos actos no sean declarados nulos.

Excepcionalmente, sin embargo, en vía judicial se establece la posibilidad de suspensión de los efectos de los actos administrativos, en el curso de un proceso contencioso-administrativo que tenga por objeto la nulidad del acto administrativo en cuestión.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable a todos los juicios contencioso-administrativos en virtud de las disposiciones transitorias de dicha Ley, los jueces que conozcan de juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares pueden suspender los efectos de los mismos en circunstancias excepcionales. Dicho artículo, en efecto, dispone lo siguiente:

Art. 136. A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio.

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio.

De acuerdo a esta norma, por tanto, en vía judicial, la suspensión de los efectos de un acto administrativo es de carácter excepcional y está sometido a las siguientes condiciones:

1. Debe tratarse de un juicio contencioso-administrativo de anulación del acto administrativo en cuestión, que conozca el juez competente. Por tanto, la suspensión de efectos de un acto administrativo no puede dictarse en un juicio que no sea contencioso-administrativo de anulación del acto administrativo que debe ser de efectos particulares.

2. La decisión judicial no puede dictarse de oficio, sino a instancia de parte, es decir, de quien tenga la legitimación necesaria para actuar en esos juicios, sea el recurrente u otro particular que sea titular de un interés personal, legítimo y directo en la anulación del acto recurrido.

3. La suspensión de los efectos del acto recurrido solo puede decretarse por el juez contencioso-administrativo cuando ella esté expresamente permitida en la Ley, o cuando sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, lo que implica que la decisión judicial debe ser motivada.

4. La autoridad judicial puede exigir al solicitante de la suspensión de efectos del acto administrativo, que preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.

5. El solicitante de la suspensión de efectos del acto administrativo debe mantener un impulso procesal adecuado, a fin de que aquella **no sea revocada por contrario imperio por el Juez.**

En el caso concreto de los Juzgados Agrarios, la posibilidad de dictar la suspensión de efectos de actos administrativos sólo podría corresponder excepcionalmente, de acuerdo a la norma señalada, al Juzgado Superior Agrario cuando actúe como juez contencioso-administrativo conociendo, conforme al artículo 28 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios “de los Recursos de Nulidad por ilegalidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares emanados de los organismos administrativos agrarios”.

En consecuencia, no pueden los Juzgados Agrarios de Primera Instancia ni suspender ni desconocer los efectos de los actos administrativos dictados por las autoridades competentes para ello, y están obligados a respetarlos. Por ejemplo, un Tribunal Agrario no podría acordar pura y simplemente, en genérico la paralización preventiva de las actividades permitidas mediante un permiso otorgado por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. Ello sería ilegal, pues desconocería los efectos de un acto administrativo firme, sin tener competencia para ello.

IV. LAS ATRIBUCIONES DE LOS JUECES AGRARIOS EN MATERIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS Y SUS LIMITACIONES

Ciertamente que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, establece una competencia general de los Jueces Agrarios para adoptar medidas preventivas, en casos excepcionales, que podrían afectar los efectos de un acto administrativo, pero ello no queda en ningún caso, al arbitrio del Juez.

En efecto, dicho artículo establece lo siguiente:

Art. 8. Los jueces agrarios, de oficio, podrán dictar en juicio las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción.

De acuerdo con este artículo, por tanto, los Jueces Agrarios tienen competencias para dictar las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción, siempre que ello sea “en juicio”, pudiendo ser de oficio. Para que puedan conforme a este artículo, adoptarse estas decisiones judiciales, es necesario:

1. Que exista un juicio originado por las pretensiones que se promuevan con ocasión de algunos de los asuntos enumerados en los literales del artículo 12 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios.

2. Que exista una situación de hecho que implique una amenaza de desmejoramiento, ruina o destrucción de la producción agraria y los recursos naturales renovables, situación que debe haber sido comprobada por el Juez.

3. Que las medidas que se adopten deben considerarse necesarias para asegurar y proteger esa producción agrícola y los recursos naturales renovables, amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción.

Para adoptar estas medidas, por tanto, es necesario un auto fundamentado y motivado, en el cual el Juez, en primer lugar, exponga los hechos comprobados que provocan la decisión; en segundo lugar, argumente la real situación de amenaza de desmejoramiento, ruina o destrucción de la producción agrícola y los recursos naturales renovables; en tercer lugar, que justifique la necesidad de las medidas que adopta para asegurar y proteger esa producción agrícola y los recursos naturales renovables; y en cuarto lugar, que identifique y precise con claridad, en concreto, las medidas que adopta con esos fines.

En todo caso, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios no autoriza, en modo alguno, a los Jueces Agrarios a suspender los efectos de un acto administrativo, en genérico, es decir, por ejemplo, acordar la paralización preventiva de las actividades permisadas mediante un permiso legalmente otorgado por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.

En efecto, estos permisos, en general autorizan a la realización de actividades urbanísticas en determinadas áreas normalmente extensas. Sin duda, en esas superficies pueden realizarse actividades por diversos sujetos de derecho que por ejemplo hayan adquirido parcelas, por lo que cualquier problema que surja con algunos de ellos no puede dar origen a una “paralización preventiva” acordada en genérico, en relación a todo el desarrollo permisado.

No es ni puede ser, realmente una de las “medidas necesarias” para los fines del artículo 13 de la Ley Orgánica, el paralizar preventivamente en general todas las actividades legalmente permisadas en un acto administrativo válido y eficaz, sin discriminación ni precisión alguna.

Eso no cabe en los supuestos establecidos en el mencionado artículo 8 de la Ley. Al contrario, allí se habla de “*medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción*”, y esas medidas solo pueden ser concretas en relación a determinadas situaciones de hecho comprobadas, pero nunca pueden consistir en la suspensión, en genérico, de los efectos de un acto administrativo fuera de un juicio contencioso-administrativo de anulación del mismo.

En efecto, por ejemplo, si lo planteado ante un Juez Agrario ha sido una intervención no autorizada de un río, el Juez podría adoptar como medida, luego de comprobar la situación de hecho, que no se realicen actividades en ese curso de agua, en concreto y en particular; pero no tiene por qué afectar con paralizaciones preventivas actividades que se realizan en el otro extremo del inmueble, de otra naturaleza, y que están amparadas por un acto administrativo válido y eficaz. De lo contrario, si adoptase como medida preventiva, por ejemplo, el paralizar todas las actividades permisadas en un permiso, el Tribunal incurriría en una extralimitación de atribuciones respecto de lo autorizado en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica, y en una ilegalidad. Una decisión de ese tipo adoptada por el Tribunal de paralizar todas las actividades permisadas en un acto administrativo del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables legalmente otorgado, equivaldría a suspender los efectos de dicho acto administrativo en una forma no autorizada por el ordenamiento jurídico. Ello sin duda, además causaría daños y perjuicios que comprometerían la responsabilidad civil del Juez que la adopte por abuso de autoridad, al atribuirse funciones que la ley no le confiere.

6. LA RECIENTE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

Revista de Derecho Público, N° 19, julio-sept. 1984,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 207-217

I. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución establece en su artículo 49, como uno de los derechos fundamentales, lo siguiente:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad, con la Ley”.

“El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

Con ello, la Constitución de 1961 dio entrada en el ordenamiento jurídico venezolano al recurso de amparo, no sólo respecto a la libertad personal como lo había previsto la Constitución de 1947, sino respecto de todos los derechos y garantías “que la Constitución establece”. La previsión constitucional, sin embargo, supeditó el ejercicio del recurso de amparo a lo que la ley estableciera, por lo que “a fin de no dejar en suspenso su eficacia- hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias, el derecho de *habeas corpus*, reglamentándolo de manera provisional”¹.

En esta forma, la Disposición Transitoria Quinta reguló el “amparo a la libertad personal, hasta que se dicte la ley especial”, norma aún vigente por la ausencia de la prometida -constitucionalmente- ley reglamentaria del recurso. El resultado de esta situación ha sido evidentemente que, con la sola excepción de la libertad personal mediante la transitoria regulación del *habeas corpus*, los demás derechos y garantías constitucionales han carecido de un efectivo instrumento de protección mediante el recurso de amparo, por lo que, por la ausencia de legislación, un precioso medio de control judicial de las arbitrariedades de la Administración no siempre ha podido ser utilizado efectivamente.

Las disposiciones de la Constitución, en el sentido de prever directamente sólo el amparo a la libertad personal², sin embargo, no fueron obstáculo para que algunos jueces de instancia, por las insuficiencias constitucionales, hacia finales de la década de los sesenta, comenzaron a admitir recursos de amparo para proteger otras libertades o garantías distintas de la libertad individual³.

¹ Véase, Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 21, Caracas, 1961, p. 381. Véase, además, artículo 32 de la Constitución de 1947.

² En este sentido fue tradicional el criterio de la Procuraduría General de la República. Véase, por ejemplo, doctrina de 14-10-61 en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, PGR 1965, Caracas, 1966, pp. 20 y ss.; y doctrina de 23-2-66 en *Doctrina PGR 1966*, Caracas, 1967, pp. 267 y ss.

³ Por sentencia del 13-9-68 del Juez Séptimo de Primera Instancia en lo Penal del Distrito Federal, confirmada por fallo de 4-10-68 de la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal, se otorgó amparo a un ciudadano contra un acto administrativo que ordenó la detención de su automóvil en virtud de que el mismo no había sido importado regularmente al país (Véase, R. Escala Zerpa, *Recurso de Amparo contra arbitrariedad de Funcionario Público*, Caracas, 1968). Asimismo, con fecha 14-4-69 otro Juez de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, acordó recurso de amparo, confirmado por decisión de 14-7-69 de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, contra un acto de la Policía Técnica Judicial que detuvo a un particular y se le obligó a reconocer como padre de un menor y a pagar una pensión alimentaria. Estas decisiones, tomadas de referencias contenidas en la publicación periódica *Síntesis Jurídica* (Escritorio Santana Mujica) fueron comentadas por dicha publicación en los siguientes términos: - Como un paso formativo del lento avance de nuestro país hacia un eficiente estado de derecho, ha de apuntarse las iniciales sentencias, derivadas de jueces penales y civiles, donde se derrota la tesis restrictiva, que se sostuvo inicialmente de que el amparo no era aplicable en el país^ pese a su consagración en la Constitución porque carecía de reglamentación. Ahora se sostiene que cualquier juez es competente para conocer y decidir el amparo, que el fallo dictado no tiene consulta, que la ausencia de procedimiento no impide la procedencia del amparo, porque la Constitución dice: -la falta de la ley reglamentaria en estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos- (Art. 50 CN), y se otorga ante cualquier acto público o privado, que desconozca, disminuya o menoscabe las garantías constitucionales-. Este criterio,

II. EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN 1970: EL CARÁCTER PROGRAMÁTICO DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El problema interpretativo, sin embargo, pronto habría de ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia a finales de 1970⁴, al señalar, en relación a la Disposición Transitoria Quinta, que “la protección de cualquier otro derecho -establecido o no en la Constitución- queda excluido del campo de aplicación de esa norma, por ser evidente la intención del constituyente de limitar su alcance al caso expresamente previsto por ella”, calificando las decisiones adoptadas por jueces de instancia en lo penal amparando otros derechos distintos a la libertad personal, como “extralimitación de atribuciones”⁵.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia calificó a la norma del artículo 49 de la Constitución, como una norma de carácter programático. La Corte señaló, en efecto, que esa norma “no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano a quien compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de *habeas corpus*, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder”⁶. De consiguiente, agregó la Corte, “el constituyente supone la existencia de una ley anterior al hecho o acto que afecte el derecho cuya protección se solicite; que autorice a determinados jueces para obrar en el sentido que pretenda el actor; y que establezca un procedimiento adecuado a la finalidad que se persiga. Dado el número y variedad de las situaciones jurídicas, en que puede estar comprometido un derecho o una garantía constitucional, era forzoso que el constituyente dejara al legislador ordinario la potestad de establecer las reglas conforme a las cuales los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta no sólo las previsiones ya existentes que es necesario apreciar para atribuir a un determinado tribunal el conocimiento de un asunto, y establecer el procedimiento a seguir en cada situación”^{6bis}.

En base a esta situación, el recurso de amparo a la libertad personal o *habeas corpus*, era el único ámbito del recurso de amparo que materialmente podía ejercerse en Venezuela.

III. EL ACUERDO DE LA CORTE SUPREMA DÉ 1972

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa con base en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictó, el 24 de abril de 1972, un *Acuerdo* en el cual declaró formalmente que “la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *habeas corpus* previsto en dicha norma; y que, en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia, específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de

sin embargo, no era pacífico no sólo por la precisión del texto constitucional sobre la procedencia del amparo sólo sobre la libertad personal hasta que no se dictara la correspondiente ley, sino porque tal recurso no es claro que procedería contra actos privados, o sólo contra actos públicos. Véase, además, Jesús R. Quintero, “Recurso de Amparo. La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado” en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 9, UCAB, Caracas, 1969-1970, pp. 157 a 206.

⁴ En la sentencia de la CSJ en SPA de 11-11-70 en *Gaceta Oficial, G.O.*, N° 1.447, Extraordinario de 15-12-70. pp. 27 y 28, ya se vislumbra la interpretación que posteriormente se adoptaría: -A diferencia de otras situaciones en relación a las cuales el Congreso, aún no ha determinado por Ley, cuál es el juez competente y el procedimiento a seguir a fin de obtener amparo judicial ...

⁵ Véase, Sentencia de la CSJ en SPA de 14-12-70 en *GO* N° 29.434 de 6-2-71, pp. 219.984 y 219.985, y en *Gaceta Forense, G.F.* N° 70, 1970, pp. 179 y ss. Esa decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26-4-71 en *GO* N° 1.478, Extraordinario de 16-7-71, p. 31 y en *Repertorio Forense* N° 1.741 de 12-8-71, pp. 4 y ss. El criterio de la Corte había sido también el de la Procuraduría General de la República. Véase, *Doctrina PGR 1970*. Caracas, 1971, pp. 37 y ss.

⁶ Véase la sentencia de la CSJ en SPA de 14-12-70 en *GF* N° 70, pp. 179 y ss.

^{6bis} *Idem*.

atribuciones”⁷. Quedaba así, declarado fuera de la competencia de los Tribunales penales conocer de recursos de amparo respecto de derechos civiles o cuyo conocimiento no formase parte de su competencia específica. Para dictar dicho Acuerdo, la Corte Suprema dio por reproducidos los fundamentos de la mencionada sentencia de 14 de diciembre de 1970, conforme a los cuales, “de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, corresponde solamente a esta Corte y demás Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, conocer de la nulidad de los actos de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, y eventualmente suspender los efectos del acto administrativo impugnado, por vía de previo pronunciamiento”.

De acuerdo, por tanto, a la sentencia de 1970 y al Acuerdo de 1972, la situación definida jurisprudencialmente por la Corte Suprema en relación al recurso de amparo era la siguiente: primero: los Tribunales penales sólo tenían competencia para conocer de los recursos de *habeas corpus* (amparo a la libertad personal); segundo: los Tribunales penales no podían conocer de recursos de amparo intentados respecto de otros derechos y garantías constitucionales, cuyo conocimiento escapara de la competencia específica de dichos Tribunales, por lo que toda decisión adoptada en esos casos estaría viciada de usurpación o extralimitación de atribuciones; y tercero: sólo los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa podrían conocer de los recursos de nulidad contra actos administrativos y, eventualmente, suspender sus efectos.

Sin duda, el Acuerdo de 1972 había atenuado las conclusiones de la sentencia de 1970: no se trataba de considerar que era indispensable una ley que regulara expresamente el recurso de amparo para que éste pudiera ser interpuesto, sino de establecer una limitación a la competencia, en materia de amparo, de los Tribunales penales, la cual quedaba materialmente reducida al *habeas corpus*.

IV. EL AMPARO EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES A PARTIR DE 1977

Con posterioridad, el Congreso aprobó por Ley la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1977; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1978; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978, en cuyos textos se establece la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, y el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos⁸.

En particular, la Convención Americana dispone en materia de Protección Judicial lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones” (Art. 25.1).

En base a ese derecho, la Convención establece los siguientes compromisos de los Estados Partes, entre ellos Venezuela:

- a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Estas disposiciones internacionales, que constituyen ley en Venezuela a partir de 1977 fueron apreciadas por los Tribunales como reguladoras del recurso de amparo, motivo por lo cual también comenzó a cambiar la jurisprudencia.

V. LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA EN 1982: EL CASO RONDALERA

En efecto, con base en estos antecedentes, en 1982 comenzó a modificarse la rigidez interpretativa que en materia de recurso de amparo, se había enunciado en 1970, y ello se produjo con una sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 24 de noviembre de 1982, dictada con motivo de un recurso de amparo del derecho constitucional a la educación, interpuesto por una Asociación Civil Rondalera de carácter educativo. En el caso

⁷ Véase el texto en *Gaceta Oficial* N° 29.788 de 25-4-72.

⁸ Véase los textos en *Gacetas Oficiales* Nos. 31.256, de 14-6-77, y 2.146 Ext. de 28-1-78.

concreto, si bien el juez decidió declarar sin lugar el recurso de amparo⁹, ello lo hizo admitiendo su procedencia en los siguientes términos: “Considera, pues, el Tribunal, como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que cualquier juez con excepción de los señalados en el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, mencionado en *estos autos*, puede conocer del *recurso de amparo*, porque la Constitución confirió esta atribución a “los Tribunales” en forma genérica y hasta tanto se dicte la ley que establezca una competencia específica, *cualquier juez*, so pena de incurrir en denegación de justicia, debe atender a la solicitud de amparo. Considerar que el Constituyente creó, a través del artículo 49 de la Constitución, una norma o principio solamente programática y que en veintidós años de vigencia de esa Constitución no ha podido promulgarse una ley que desarrolle y haga posible la aplicación de ese recurso, sería admitir que la demagogia alcanzó, en este particular, niveles sublimes, inauditos; lo cual sería absurdo. Cabe por tanto repetir, que el sistema de legalidad, el Estado de Derecho implantado en nuestro país y que ha sido modelo de otros Estados ganados a la democracia posteriormente a la vigencia de nuestra Constitución, requiere de la aplicación del recurso de amparo. Su reconocimiento y aplicación debe ser propósito del régimen que, durante casi veinticinco años, ha demostrado respeto a la ley y a las garantías ciudadanas”¹⁰.

Este criterio fue ratificado por el Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 10 de febrero de 1983¹¹, el cual, al decidir la apelación interpuesta contra la sentencia antes mencionada, decretó el amparo solicitado para lo cual, al referirse al problema de la competencia, señaló:

“En lo atinente a la incompetencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia en lo Civil para conocer de la acción propuesta, ya que conforme al Decreto 384 de 16 de octubre de 1968 publicado en *Gaceta Oficial* N° 25.787 de la misma fecha, sólo tiene competencia en materia de derecho familiar y no ninguna otra, cabe señalar que el mandato del Constituyente de amparar, está dirigido a todos los jueces, y que si bien la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido la incompetencia de los Tribunales penales para conocer de juicios de amparo distintos a los que tengan por objeto la privación o restricción de la libertad humana, pues de ellos corresponde conocer a la Jurisdicción Penal con exclusividad, persiste en cuanto al recurso de amparo la competencia genérica que establece el artículo 49 de la Constitución, lo que hace competente a dicho Tribunal, como Tribunal Civil para conocer en primer grado de este recurso de amparo que evidentemente pretende obtener la protección de un derecho civil como son el de educar, mediante el ejercicio de la actividad docente y el de recibir educación en plantel escogido por los padres”¹².

El Tribunal Superior, para llegar a esta conclusión, al referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1970, ya comentada, y a los cambios legislativos posteriores, expuso lo siguiente:

“Como se ve de dicha sentencia dictada, como se dijo, en 1970, el criterio de la Corte se ha mantenido cerrado en cuanto a la admisión de una acción de amparo constitucional deducida en protección y defensa de los derechos humanos que la Constitución Nacional reconoce y garantiza, en base a la interpretación restringida que hace del Artículo 49 de la Constitución Nacional, es decir, que su posición es la misma que guardó la Corte Suprema Argentina hasta 1957 cuando en el caso Ángel Siri, hizo una apertura a la acción de amparo, hasta que el 18-10-66 se dictó la Ley N° 16.986 sobre amparo”.

“Ha transcurrido un cuarto de siglo de vida democrática, celebrado con euforia y un análisis de los logros, pero la situación de los derechos humanos sigue siendo la misma, pues no se ha reglamentado *ese recurso efectivo, rápido y eficaz*, para restañar las violaciones, salvo el amparo de la libertad personal y las restricciones de que ella pueda ser objeto, mediante el *habeas corpus* reglamentado por la Constituyente en la Disposición Transitoria Quinta. Son ya leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales, lo que nos lleva a la conclusión de que la situación jurídica en Venezuela no es la misma de 1970 y la jurisprudencia favorable a la admisión de amparo a nivel de instancia se ha incrementado con los problemas de competencia, por ser llevados a la jurisdicción penal» aun cuando se trate de materias civiles, por la experiencia que se reconoce a dicha jurisdicción en el manejo del *habeas corpus*”¹³.

En esta forma, sin duda, la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Venezuela provocó el cambio jurisprudencial mencionado en los Tribunales de Instancia civiles, admitiéndose

⁹ Véase René Molina Galicias, *El Amparo a Rondalera*, Ediciones Síntesis Jurídica, Caracas 1984, pp. 69 a 83.

¹⁰ *Idem*, p. 80.

¹¹ *Ibidem*, pp. 106 a 169.

¹² *Ibidem*, pp. 152-153.

¹³ *Ibidem*, p. 149.

el ejercicio de los recursos de amparo en materia de derechos civiles ante los mismos, quedando reducida la competencia de los Tribunales penales a la protección de la libertad personal y a otros derechos humanos vinculados al ejercicio de dicha jurisdicción.

VI. EL NUEVO CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA EN 1983

Esta interpretación jurisprudencial posteriormente fue acogida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, al decidir sobre una solicitud de amparo introducida por un candidato presidencial contra una decisión del Consejo Supremo Electoral relativa “al espacio en los canales de televisión oficiales para los candidatos electorales a la Presidencia de la República que sólo beneficiaba a los respaldados por los partidos políticos que tenían representación en el Consejo Supremo Electoral”. La Corte Suprema en ese caso, mediante sentencia de 20 de octubre de 1983, comenzó por admitir la posibilidad del ejercicio de recursos de amparo de derechos distintos al de *babeas corpus*, al señalar respecto del artículo, 49 de la Constitución que:

“La norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación -salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta- queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece:

«La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos».

Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías, es inadmisibles, desde el momento que haría de aquéllos meras declaraciones retóricas sin contenido real”¹⁴.

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia admitió la posibilidad de ejercicio del recurso de amparo en Venezuela, con lo cual abandonó su criterio de que la norma del artículo era programática sostenido en 1970; carácter que, por otra, parte, los Tribunales de Instancia consideraron superado desde el momento en que por ley se habían aprobado convenciones internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo.

En todo caso, la Corte Suprema advirtió, sobre el ejercicio del recurso de amparo, en su sentencia de 1983, lo siguiente:

“Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia”.

“Al efecto, *deben limitar su facultad para admitir recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados*, en razón de que el propio artículo 49 de la Constitución da a entender claramente que si el deber de amparo corresponde a todos los Tribunales de la República, habrá una distribución de competencias entre los mismos, según se desprende del aparte que se refiere al juez competente, y, porque el propio constituyente inició esta distribución de competencias al otorgarla a los Jueces de Primera Instancia en lo Penal en lo referente al amparo de la libertad personal (Disposición Transitoria Quinta)”¹⁵.

En esta forma la Corte continuó exigiendo el criterio de la afinidad de competencia que en el Acuerdo de 1972 ya había establecido. Por ello, en el caso concreto sometido a su conocimiento y decidido en la sentencia de 1983, la Corte Suprema se declaró competente en virtud de que la Resolución impugnada era emanada del Consejo Supremo Electoral, “y el amparo no podía ser sino la desviación de la nulidad manifiesta del acto administrativo emanado de dicho órgano” y ello “en virtud de la atribución que le otorga el

¹⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Oct.-Dic. 1983, pp. 169 y 170.

¹⁵ *Idem*, p. 170.

Ordinal 12 del Artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y porque corresponde a la Corte la función primordial de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público”¹⁶.

Ahora bien, en el caso concreto sometido a la Corte Suprema y resuelto en su decisión de 1983, la Corte declaró sin lugar el recurso de amparo al considerar que no era manifiesto el alegato de inconstitucionalidad de la Resolución impugnada del Consejo Supremo Electoral, “y en razón de que no puede esta Corte hacer un pronunciamiento al respecto sino de acuerdo con los procedimientos establecidos para la tramitación y decisión de los respectivos recursos de nulidad”¹⁷, con lo cual se estableció otro de los principios básicos en materia de amparo, y es que el Tribunal no puede entrar a decidir los recursos de amparo si existe un recurso de amparo paralelo o idóneo, como en materia de actos administrativos lo son los recursos contencioso-administrativos de anulación.

VII. EL CRITERIO DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN 1984

Este criterio ha sido claramente expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de 25 de enero de 1984, al considerar que la acción de amparo resulta improcedente contra los actos administrativos, “por cuanto esta acción es un medio extraordinario de protección que sólo puede ser utilizada cuando no existan vías a través de las cuales pueda obtenerse el restablecimiento de los derechos subjetivos”¹⁸. En el caso concreto sometido a conocimiento de la Corte Primera, se trataba de un acto administrativo formal definitivo y firme de un Consejo de Facultad de una Universidad Nacional, que no había sido objeto de recursos, ni administrativos ni contencioso-administrativos y, por tanto, no se trataba de “una actitud fáctica de la autoridad administrativa, sobre la cual no hubiera existido ninguna otra vía jurídica para impugnarlo”. En otras palabras, como lo dice la Corte Primera, “la actuación en concreto del Consejo de la Facultad no es una vía de hecho o un acto material que no estuviese respaldado por un acto administrativo, frente al cual el interesado hubiera carecido de algún tipo de protección, sino que por el contrario, consiste en una decisión de carácter jurídico, que de ser arbitraria o ilegal, ha podido invalidarse por la vía del recurso jerárquico administrativo, y que en el supuesto de que también hubiera sido confirmado por el Consejo Universitario, también la protección de sus derechos violados por dicho acto ha podido conseguir el recurrente por la vía del recurso contencioso-administrativo de anulación”¹⁹.

Este criterio, que compartimos, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo se desarrolló en la misma Sentencia de 25 de enero de 1984, en la siguiente forma:

“En efecto, cuando frente a determinada actuación de la Administración se precisa un medio específico para controlar su constitucionalidad o ilegalidad, para obtener el restablecimiento de un derecho o garantía violada, la acción de amparo es inadmisile, porque aparte de que los efectos que se aspiran conseguir con el recurso de amparo es posible obtenerlos con el medio específico de impugnación, la aceptación general e ilimitada de tal acción haría inútil e inoperante los remedios jurídicos y judiciales que la Constitución y las leyes prevén ordinariamente. Tal sucede con los recursos administrativos, la acción de inconstitucionalidad y los recursos contencioso-administrativos de anulación que, de admitirse la acción de amparo, sin que el recurrente haya ejercido tales medios de impugnación, se eliminaría de un solo golpe todo el sistema de control de la legalidad contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto, ¿de qué serviría seguir manteniendo los recursos administrativos y la jurisdicción contencioso-administrativa, si los particulares pudieran intentar directamente la acción de amparo frente a los actos administrativos? ¿Para qué continuar regulando los recursos administrativos y las acciones de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de los poderes públicos y la tramitación de los juicios de tales acciones, si su anulación pudiera obtenerse principalmente por la vía del amparo? La consagración absoluta e ilimitada del amparo sacudiría los cimientos mismos del sistema jurídico del país, hasta el punto que ante una decisión firme de cualquier autoridad, que ha causado estado, ya no habría seguridad y certeza alguna, ni mucho menos estabilidad. Piénsese en aquellos procedimientos como el de despidos injustificados o de protección de la inamovilidad laboral, si después de acordado un reenganche por una Comisión Tripartita o por un Inspector del Trabajo, en lugar de ejercer la apelación ante la Comisión de Segunda Instancia o ante el Ministro del

¹⁶ *Ibidem*, p. 170. La atribución 12 del Artículo 42, asigna competencia a la Corte Suprema en Sala Político-Administrativa para -declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los *actos administrativos* generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional-.

¹⁷ *Ibidem*, p. 170.

¹⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 17, EJV, Caracas, enero-marzo 1984, pp. 182 a 185.

¹⁹ *Idem*, p. 182.

Trabajo, el patrono acudiera directamente ante esta Corte por la vía del amparo constitucional a solicitar su anulación. Además de la indefensión que se causaría al beneficiado con el reenganche, se estarían eliminando instancias ordinarias y los trámites normales que deben seguir los órganos naturales para revisar las actuaciones de sus subalternos y sus propias decisiones, creándose como regla general un régimen de excepción en materia jurisdiccional, representado por un juicio breve y sumario y por una acción extraordinaria”. “Pero, por otra parte, la consagración ilimitada y absoluta de la acción de amparo, convertiría a los Tribunales en órganos ordinarios de la actividad y actuación administrativa, es decir, en órganos de alzada, al que constantemente acudirían los particulares para que se les restableciera sus derechos, perdiéndose de este modo uno de los fundamentos del principio de la legalidad administrativa cual es la potestad o poder del autocontrol, de la propia Administración y, en concreto, de su facultad de revisión de la actividad de los órganos administrativos.

Tal potestad y facultad, además de inútiles, serían innecesarias y terminarían siendo erradicadas del ordenamiento. De este modo operaría en la práctica una derogación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la jurisdicción contencioso-administrativa, trastocándose el régimen normal y ordinario de los procedimientos administrativos y de los juicios de nulidad, de un modo tal que lo corriente sería entonces los juicios sumarios y los jueces se convertirían en jueces naturales”.

“Por las razones anteriores, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha consagrado el carácter extraordinario de la acción de amparo, cuando en sentencia de su Sala Político-Administrativa de fecha 26-04-71, asentó que, calificada de acto administrativo determinada medida de una autoridad, “es obvio que el interesado puede recurrir ante la Corte si considera que el acto es nulo por inconstitucionalidad o ilegalidad” y que, por lo tanto, los Tribunales no pueden conocer de recursos de amparo contra tales actos (*Gaceta Oficial* N° 1.478 Extraordinario de 16-07-71).

Además, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1970, cuyos fundamentos se reproducen en el Acuerdo con fuerza obligatoria dictado por la Sala Político-Administrativa, en fecha 24 de abril de 1972, el máximo Tribunal señaló que constituye grave extralimitación de atribuciones de los Tribunales el que éstos sustancien y decidan, por el procedimiento breve y sumario del amparo, la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos. Esto significa, agrega esta Corte, que sólo por la vía de los recursos de anulación pueden los Tribunales Contencioso-Administrativos anular tales actos y restablecer las situaciones jurídicas lesionadas, conforme lo ordena el artículo 206 de la Constitución y no por la vía de la acción constitucional a que se contrae el artículo 49 del mismo texto constitucional. En consecuencia, como lo estableció el máximo Tribunal en la citada sentencia de su Sala Político-Administrativa de fecha 14 de diciembre de 1970”:

“Pero el derecho de obtener la actuación de los Tribunales mediante las acciones o recursos que establece la ley, debe ser ejercido con arreglo a las disposiciones de ésta, pues aunque todas las Cortes y Juzgados de la República están investidos de jurisdicción, su competencia y actuación está limitada a determinados casos y regulada por procedimientos que varían de acuerdo con la naturaleza de la acción y que, en su conjunto, constituyen la garantía procesal por excelencia del derecho de defensa que la Constitución consagra.

En razón de ello, «el derecho de utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses», debe necesariamente ser ejercido por todos «en los términos y condiciones establecidos por la Ley» (artículos 68 *ejusdem*), o lo que es lo mismo, en los Tribunales, en las oportunidades y conforme al modo de proceder instituido en cada caso por el legislador”.

“En congruencia con lo expuesto, no puede esta Corte, por la vía del amparo, revocar o anular la medida dictada por el Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por tratarse de un acto administrativo frente al cual el interesado disponía de los recursos administrativos y de las acciones de nulidad, siendo por esta razón improcedente la acción de amparo frente a la decisión dictada por dicho Consejo de fecha 14 de septiembre de 1983, y que le fuera comunicado al accionante en fecha 19 del mismo mes y año. En efecto, siendo como es el recurso de amparo una acción no prevista en el ordenamiento constitucional de nuestro país como un medio sustitutivo de control de la legalidad de los actos administrativos por la vía de los recursos administrativos o por la vía del contencioso-administrativo, la acción de amparo en contra de la citada medida resulta improcedente, y así se declara”²⁰.

Conforme a lo anterior, y existiendo frente a los actos administrativos los recursos contencioso-administrativos de anulación, se entiende por qué la propia Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencias de 1982 consideró, en concreto, la decisión de suspensión de los efectos de los actos

²⁰ *Ibidem*, p. 182 a 184.

administrativos conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como “el ejercicio de un recurso de amparo contra una actuación de la Administración cuya ilegalidad es discutida por el administrado”²¹.

Por tanto, el recurso de amparo no es el único medio jurisdiccional de protección y amparo de los derechos constitucionales contra actos arbitrarios de la Administración, por lo que aun cuando no exista aún ley reglamentaria del recurso, ello no significa que, frente a actos administrativos arbitrarios, violatorios de derechos individuales, los afectados se encuentren desasistidos. Al contrario, éstos deben utilizar las vías ordinarias²² o las vías de control jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso-administrativa²³. Es más, en caso de regularse legalmente el recurso de amparo, habría que excluirlo en los supuestos en que están previstas otras vías de amparo o protección jurisdiccional en el ordenamiento jurídico, como el recurso contencioso-administrativo²⁴ o las acciones posesorias. En todo caso, hasta que no se dicte dicha ley, frente a violaciones de derechos y garantías constitucionales cometidas por la Administración por vías de hecho, es decir, mediante actos materiales en los cuales la actuación arbitraria de la Administración no está respaldada en un acto administrativo, queda abierta la posibilidad de ejercer el recurso de amparo, pero ante los Tribunales con competencia en materia contencioso-administrativa, respetándose la afinidad de la competencia.

VIII. EL PROBLEMA PENDIENTE: EL AMPARO FRENTE A ACTUACIONES DE LOS PARTICULARES

Por último, debe señalarse que la institución del recurso de amparo es concebida en el ordenamiento constitucional venezolano, en la regulación parcial que la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución hace del *habeas corpus*, como un medio jurídico de protección contra las actuaciones del Estado que lesionen o menoscaben los derechos y garantías constitucionales, por lo que no procederían contra actos de particulares que afecten la libertad personal de otros particulares²⁵. Las vías judiciales ordinarias están precisamente abiertas en estos casos. En todo caso, en la ley reguladora del recurso de amparo, podría extenderse la protección frente a acciones particulares²⁶, por lo que el papel de la jurisprudencia en este caso también podría ser innovador.

²¹ Véase Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 27-5-82, 7-6-82 y 21-7-82 en *Revista de Derecho Público* N° 11, EJV, Caracas, julio-septiembre 1982, pp. 170 a 172.

²² En los casos en que la acción esté dirigida a la defensa de derechos definidos y protegidos por el derecho común-, como los que serían objeto de acciones posesorias, siempre que no estén expresamente prohibidas. Véase Sentencia de la CSJ en SPA de 11-11-70, en *GO* N° 1.447 de 15-12-70, p. 27.

²³ En tal sentido, la *Corte Suprema* ha señalado frente a un acto administrativo de expulsión de un extranjero del país respecto del cual se solicitó amparo, que -calificado como ha sido de acto administrativo la medida de expulsión de referencia, es obvio que el interesado puede recurrir ante la Corte, si considera que el acto es nulo por inconstitucionalidad o ilegalidad-, por lo que decidió que la sentencia del Juez de Primera Instancia en lo Penal que otorgó el amparo -carecía de jurisdicción para conocer y decidir sobre el mismo, ya que su competencia se limita a conocer del recurso de *habeas corpus*-. Véase Sentencia de la CSJ en SPA de 26-4-71 en *GO* N° 1.478, Extraordinaria, de 16-7-71. Véase, en general, J. G. Sarmiento Núñez, “El amparo contra los actos administrativos”, en *Ministerio. Público*, Caracas, enero-abril 1971, pp. 127 a 132.

²⁴ Cfr. Hildegard Rondón de Sansó. *El Sistema contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa*, Caracas, 1974, p. 350. Debe señalarse, en todo caso, que el recurso de amparo no está previsto en el ordenamiento constitucional venezolano, como una institución comprensiva o sustitutiva del control de la legalidad de los actos administrativos por la vía contencioso-administrativa, como podría serlo en otros sistemas jurídicos, como el mexicano. (Véase en particular, H. Fix Zamudio, “Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela”, en *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1970, Tomo II, pp. 333 a 389), por lo que su regulación legal deberá diferenciar los supuestos en que procedan ambas vías de protección jurisdiccional.

²⁵ Cfr. Guacaipuro Martínez, “Acción de amparo. Legitimación pasiva”, en *Doctrina PGR 1971*, Caracas 1972, pp. 9 y ss.

²⁶ Véase Ramón Escobar Salom, *El amparo en Venezuela*, 1971, p. 101.

7. EL CASO DEL BONO COMPENSATORIO O DE COMO SE IGNORA EL RÉGIMEN DE LOS DECRETOS-LEYES Y SE DESQUICIA EL RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

Revista de Derecho Público, N° 33, enero-marzo 1988,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 167-181

I

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, por sentencia de fecha 7 de marzo de 1988, declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto N° 1.538 de 29 de abril de 1987, mediante el cual se estableció el denominado “bono compensatorio” aplicado unilateralmente por el Estado a todos los contratos individuales de trabajo, y que los patronos están obligados a pagar a los trabajadores calculados de acuerdo al monto del salario básico respectivo y conforme a una escala prevista en el mismo. Dicho “bono compensatorio”, a pesar de que se estableció como un derecho de los trabajadores, sin embargo, en el artículo impugnado de dicho Decreto, se estableció que no formaría parte del salario, por lo que no se tomaría en consideración a los efectos del cálculo de los beneficios, prestaciones y demás conceptos calculados sobre la base del salario, que pudieran corresponderle a los trabajadores.

Es indudable que el establecimiento del bono compensatorio, como una obligación impuesta a los patronos, se configura como una previsión limitativa de la libertad económica de los patronos, garantizada en la Constitución, y cuya consagración forma parte de la reserva legal, es decir, que sólo podía ser establecida por Ley o por acto estatal de igual rango y valor que la Ley. Asimismo, la consideración de ese pago como no formando parte del salario de los trabajadores, se configuraba como una excepción a lo prescrito en el artículo 73 de la Ley del Trabajo, razón por la cual también se trataba de una materia de la reserva legal, que sólo podía ser regulada por ley o por acto estatal de igual rango y valor que la Ley, pues modificaba dicha Ley.

Por tal motivo, sin duda, el Presidente de la República, para regular el bono compensatorio, acudió a la figura del Decreto dictado en base a la restricción a la libertad económica vigente desde 1961, que es un Decreto con igual rango y valor de la Ley. Por ello, el Decreto mencionado N° 1.538 de 29 de abril de 1987, se fundamentó en el Decreto 674 de 8 de enero de 1962 (de restricción de la libertad económica) ratificado por Acuerdo del Congreso del 6 de abril de 1962.

Ahora bien, el fundamento de la sentencia de la Sala Político-Administrativa para anular el artículo 7 del Decreto N° 1.538 ha sido el considerar que dicho Decreto no tiene jerarquía ni rango legal y que, al dictarlo, el Ejecutivo Nacional no ejerció facultades legislativas, por lo que al ser un acto de rango sublegal no podía establecer excepciones respecto de lo previsto en la Ley del Trabajo.

Para llegar a esta afirmación, la Sala parte del supuesto de que los únicos Decretos con rango y valor de Ley que puede dictar el Presidente de la República son los dictados en base a una ley habilitante y conforme a lo previsto en el artículo 190, ordinal 8 de la Constitución, que prevé la competencia de aquél para:

“Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial”.

Así, afirma la Sala:

“Fuera de la hipótesis de que estuviera vigente una ley habilitante que diera al Presidente de la República tal facultad, no existe ninguna otra posibilidad, dentro del régimen jurídico imperante en Venezuela a partir de la Constitución de 1961, para la promulgación de normas de naturaleza legal por el Poder Ejecutivo”.

Ahora bien, esta afirmación de la Corte Suprema y la premisa de la cual parte para adoptar su decisión, en nuestro criterio, no sólo significa un desconocimiento de las propias previsiones de la Constitución, sino de la realidad jurídica del país, con gravísimas consecuencias, en cuanto al régimen legal de la economía.

En efecto, al contrario de lo afirmado por la Corte Suprema, el Presidente de la República puede dictar normas de rango y valor de ley, es decir, que regulen materias que normalmente pertenecen a la reserva legal, además de en el supuesto que destaca la Corte (art. 190, ord. 8), en otros dos casos: en el supuesto del artículo 190, ordinal 11, relativo a la creación y dotación de nuevos servicios públicos o modificación o supresión de los existentes, en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso y previa autorización de la Comisión Delegada; y aún más importante, en el supuesto de la suspensión o restricción de garantías constitucionales (arts. 190, ord. 6° y 241).

II

Por tanto, tres son los supuestos en los cuales el Presidente de la República puede dictar Decretos-Leyes o Decretos con valor de Ley: Decretos-Leyes habilitados o autorizados; Decretos-Leyes dictados en restricción o suspensión de garantías constitucionales; y Decretos-Leyes en el campo de los servicios públicos.

Estimamos indispensable describirlos a continuación, para comprender cabalmente la imprecisión en la cual ha incurrido la Corte Suprema.

1. *Los Decretos-Leyes autorizados*

Como se dijo, entre las atribuciones del Presidente de la República está la de “dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por Ley especial” (art. 190, ord. 8). Esta atribución constitucional le permite al Presidente de la República dictar actos de contenido normativo y de fuerza igual a la Ley, en las materias para las cuales haya sido autorizado por Ley especial de carácter económico o financiero. El contenido normativo de rango y valor legal de las medidas resulta de su carácter extraordinario: no tendría sentido la autorización por Ley especial si de lo que se tratase fuera de dictar actos de efectos generales de carácter reglamentario, que el Presidente puede realizar por atribuciones propias y directas.

Por otra parte, estos Decretos-Leyes, en realidad, no se dictan en virtud de una delegación legislativa, sino en virtud de poderes propios que la Constitución otorga al Presidente de la República y que se precisan en una Ley especial, que es una Ley de autorización. Por ello es errada la afirmación de la sentencia comentada de que en estos casos se trata de una “delegación excepcional que hacen las Cámaras Legislativas de funciones que les son propias”. Al contrario, de lo que se trata es del ejercicio de poderes propios del Presidente de la República, que le atribuye la Constitución, pero para cuyo ejercicio requiere de una habilitación legislativa.

Ahora bien, esta Ley especial de habilitación es una Ley con características particulares: autoriza al Presidente de la República para dictar “medidas económicas y financieras”, por lo que tiene un solo destinatario: el Presidente de la República; y en sí misma no tiene contenido normativo, pues establece más bien una situación jurídica individualizada que habilita al Presidente de la República a dictar actos de carácter legislativo y contenido normativo.

Por otra parte, la Ley de autorización precisa las medidas que puede dictar el Presidente de la República, y ello en el marco de dos limitaciones: por una parte, la establecida en la propia Constitución: “medidas económicas y financieras”; y por la otra, las medidas de tal naturaleza que determine la Ley de autorización. Por supuesto, esto plantea dos problemas de interpretación que inciden, por una parte, en la delimitación de las materias “económicas y financieras” que pueden ser autorizadas en la Ley, y por la otra, en los Decretos-Leyes que el Presidente de la República pueda dictar, en el campo autorizado.

En el primer supuesto, sin duda, queda a la apreciación del Legislador el alcance de lo económico y financiero. Aquí se trata de un concepto jurídico totalmente impreciso, en cuya determinación juega todo su papel la discrecionalidad del Legislador. Sin embargo, si bien hay cierta discrecionalidad, ello no puede conducir a la arbitrariedad, por lo que si el Legislador ha apreciado que determinada materia es de carácter económico o financiero -aun cuando evidentemente no lo sea- y ha autorizado al Presidente a dictar Decretos-Leyes en ese campo, se podría cuestionar la apreciación del Legislador, mediante el ejercicio de un recurso de inconstitucionalidad. Este poder discrecional, como todo otro, está sometido a control, sobre todo porque la Constitución no deja a la total apreciación del Legislador la materia objeto de la habilitación, sino que la califica de “económica o financiera”. Distinto es el caso, por ejemplo, de la atribución que la

Constitución da al Congreso para “reservar” al Estado determinados sectores económicos “por razones de conveniencia nacional” (art. 97). En estos casos, por supuesto, ningún control podría ejercerse tendiente a cuestionar la apreciación del Legislador sobre lo que debe entenderse por conveniencia nacional.

Ahora bien, precisadas las materias económicas y financieras que pueda contener la Ley de autorización, la segunda limitación impuesta al Presidente deriva del texto de la propia ley y de la formulación de la autorización. En algunos supuestos, la ley ha contenido autorizaciones concretas; por ejemplo, en la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera de 31 de mayo de 1974 (*G.O.* N° 30.412 de 31-5-74), se autorizó al Presidente para “Modificar la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en lo que se refiere a la unidad del tesoro a fin de que pueda destinarse anualmente a la creación y mantenimiento del Fondo de Inversiones de Venezuela, el 50 por ciento de los ingresos fiscales obtenidos por concepto de impuesto de explotación del petróleo y gas y el impuesto sobre la renta sobre esos sectores...” (art. 1, ord. 2°), y en cumplimiento de esta autorización, el Presidente de la República, por Decreto-Ley N° 150 de 11 de junio de 1974 procedió a modificar el artículo 184 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (*G.O.* N° 1.660 Extraordinario de 21-6-74).

Pero en otros supuestos, las autorizaciones al Presidente contenidas en la Ley han sido bastante genéricas y ambiguas. Por ejemplo, la misma Ley Orgánica dictada en 1974 autorizó al Presidente de la República para “realizar las reformas necesarias en el sistema financiero nacional y en el mercado de capitales a objeto de asegurar que la acción del Estado contribuya eficazmente a acelerar el desarrollo económico del país, propiciar la mejor distribución de la riqueza, garantizar la estabilidad del sistema monetario y evitar las perturbaciones inflacionarias (art. 1, ord. 1°), y para “estimular la transformación de la estructura de aquellos sectores de la producción que lo requieran, con la finalidad de hacerlos más competitivos en el exterior, con especial atención de los acuerdos de integración suscritos por Venezuela, de favorecer la política de pleno empleo y de desconcentración económica y de controlar las presiones inflacionarias” (art. 1, ord. 6°). Conforme a estas autorizaciones, tan genéricas e imprecisas, materialmente el Presidente de la República podía dictar cualquier tipo de normativa económica y financiera que persiguiera las finalidades establecidas en la Ley Orgánica. Y, en efecto, en base a la primera de las autorizaciones señaladas, el Presidente de la República, entre 1974 y 1975, por vía de Decretos-Leyes, dictó una nueva Ley de Banco Central de Venezuela; reformó parcialmente la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito; dictó una nueva Ley de Mercado de Capitales; dictó una nueva Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; dictó una nueva Ley de Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo; reformó parcialmente la Ley General de Asociaciones Cooperativas; dictó una nueva Ley del Banco Industrial de Venezuela; reformó parcialmente la Ley del Banco de Desarrollo Agropecuario; dictó la nueva Ley del Instituto de Crédito Agrícola y Pecuário; transformó el Fondo Nacional del Café y del Cacao en dos Institutos Autónomos separados; dictó la nueva Ley del Instituto Nacional de la Vivienda; y reformó la Ley de la Corporación de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria. En base a las dos autorizaciones indicadas por otra parte, el Presidente, mediante Decreto-Ley, durante esas mismas fechas, dictó un nuevo Estatuto de la Corporación Venezolana de Fomento; y con base en la segunda de las autorizaciones señaladas, dictó las Normas para el desarrollo de la Industria Naval; las Normas para el Desarrollo de las Industrias Militares; las Normas para el Desarrollo de la Industria Automotriz, y las Normas para el Desarrollo de la Industria Nuclear; y estableció el Registro de Proyectos Industriales obligatorio.

2. *Los Decretos-Leyes en el campo de los servicios públicos*

Pero además de la atribución dada al Presidente de la República para dictar Decretos-Leyes habilitados en materias económicas o financieras, la Constitución, entre las atribuciones asignadas al Presidente de la República, le atribuye la siguiente:

“Decretar en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes, previa autorización de la Comisión Delegada” (artículo 190, ord. 11).

Esta disposición es complementada por la atribución asignada por la Constitución a la Comisión Delegada del Congreso, de

“Autorizar al Ejecutivo Nacional y por el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, para crear, modificar o suprimir servicios públicos, en caso de urgencia comprobada” (art. 179, ord. 5°).

Del análisis detenido de esas normas, resulta ante todo una conclusión evidente: la “creación y dotación de nuevos servicios públicos o la modificación o supresión de los existentes” es una competencia reservada al Congreso, quien la ejerce mediante Ley.

Ahora bien, frente a esta reserva legal, excepcionalmente por situaciones de urgencia, y durante el receso del Congreso, el Presidente de la República puede asumir la creación, modificación o supresión de “servicios públicos”, previa autorización de la Comisión Delegada. En estos casos, la Constitución prevé una excepción al principio de la reserva legal, por lo que cuando así actúe el Presidente de la República, sin duda, dictará Decretos con valor de Ley en virtud, tampoco de una “delegación legislativa”, sino de atribuciones constitucionales que también le son propias. La naturaleza jurídico-legislativa de estos Decretos-Leyes en materia de servicios públicos, por tanto, coincide con la de los Decretos-Leyes dictados en materia económica o financiera, a que hemos hecho referencia anteriormente.

En todo caso, el análisis de esta norma atributiva, también, de “potestades legislativas” al Presidente de la República en materia de servicios públicos, exige precisar el sentido de esta noción “servicios públicos” que abarca materias que por esencia están reservadas al Legislador.

En efecto, la noción “servicio público” puede tener ante todo un sentido material, amplio, de “actividad dirigida a la satisfacción de una necesidad colectiva, abstracción hecha de la persona que lo preste” (véase sentencia de la CSJ en SPA de 5-10-70 en *G.O.* N° 1.447 Extr. de 15-12-70, p. 11). Pero, por supuesto, no toda actividad de esa naturaleza, en cuanto a su creación, modificación o supresión, estaría reservada al Poder Legislativo. En realidad, sólo se reserva al Legislador, la creación, supresión o modificación de servicios públicos que impliquen una limitación a los derechos o libertades constitucionales, como la libertad económica. En esta forma, cuando una ley declara una determinada actividad como “servicio público”, ello implica o que sólo el Estado puede prestarla, por ejemplo, el correo (reserva), o que para que un particular la realice, necesita de una concesión administrativa, por ejemplo, en materia de transporte por ferrocarril. En estos casos, la declaración de la actividad como servicio público implica “crear” el servicio en el sentido de establecer una limitación a la libertad económica de los particulares; por ello, eso sólo puede hacerse por Ley o por Decretos-Leyes en estos casos previstos en el artículo 109, ord. 11 de la Constitución citado. Por supuesto, toda modificación o supresión posterior de una actividad considerada legalmente como “servicio público”, en los términos señalados, también requeriría de una ley o excepcionalmente de esos Decretos-Leyes, que la produzca.

Conforme a este criterio, por supuesto, no toda actividad de prestación que decida asumir el Estado es un servicio público a los efectos de lo previsto en el artículo 190, ordinal 11, de la Constitución. Al contrario, la Administración, en múltiples oportunidades, asume actividades económicas, las modifica o suprime, en concurrencia con los particulares y sin limitarles su libertad económica, y para ello no requiere de Ley alguna que lo disponga, ni de autorización de la Comisión Delegada del Congreso en caso de receso de éste, ni de situaciones de urgencia.

Desde el otro ángulo, orgánico, la noción de servicio público también puede tener un sentido amplio: “órgano al que el Estado encomienda atender a dicha necesidad colectiva” (ver sentencia de la CSJ en SPA de 5-10-70 en *G.O.* N° 1.447 Extr. de 15-12-70, p. 11). Sin embargo, no toda creación, modificación o supresión de órganos administrativos está reservada al Poder Legislativo. Sólo se reserva al Legislador, conforme a la Constitución, la creación de Ministerios o de Institutos Autónomos (artículos 193 y 230), lo cual sólo puede hacerse por Ley. Por tanto, desde este ángulo orgánico, y a los efectos del artículo 190, ordinal 11 de la Constitución, “servicio público” no puede ser todo órgano, sino aquellos cuya creación, modificación o supresión está reservada al Legislador.

Conforme a esto, por tanto, la creación, modificación o supresión de dependencias dentro de un Ministerio, ni requiere de Ley ni de autorización de la Comisión Delegada, sino que corresponde a la potestad organizativa del Ejecutivo Nacional. Asimismo, la creación, modificación o supresión de entes descentralizados del Estado con formas jurídicas de derecho privado (fundaciones, asociaciones civiles, o sociedades anónimas), tampoco ha requerido ni requiere de Ley alguna del Congreso, ni para ello el Ejecutivo Nacional debe obtener la autorización de la Comisión Delegada.

En todo caso, en aquellos supuestos en que sea necesaria una Ley para la creación, modificación o supresión de un “servicio público” en el sentido señalado, y que estando en receso el Congreso, sea de urgencia tomar algunas de esas decisiones, los Decretos que el Presidente dicte con la autorización de la Comisión Delegada, son Decretos-Leyes o Decretos con valor de Ley y, por tanto, debido a su contenido normativo, son susceptibles de ser impugnados por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

3. *Los Decretos con valor de Ley dictados en suspensión o restricción de garantías constitucionales*

Por último, además de los Decretos-Leyes autorizados que se dicten de conformidad con el artículo 190, ordinal 8°) de la Constitución, únicos a los cuales la Corte Suprema atribuye el rango y valor de Ley; y de los Decretos-Leyes relativos a servicios públicos (art. 190, ord. 11), y al contrario de lo señalado por la Corte, también pueden considerarse como Decretos con rango y valor de Ley, aquellos de contenido normativo dictados en base a una medida de suspensión o restricción de garantías constitucionales, y que tienen por objeto regular aspectos que en situaciones normales (de no suspensión o restricción de garantías) correspondería al Legislador.

En efecto, el principio básico de la regulación constitucional de los derechos y libertades públicas en Venezuela, es decir, la verdadera “garantía” de esos derechos y libertades, radica en la reserva establecida a favor del Legislador para limitarlos o restringirlos (art. 136, ord. 24). Por tanto, el principio fundamental en esta materia es que sólo por Ley pueden establecerse limitaciones a los derechos y libertades consagrados en la Constitución.

Sin embargo, la propia Constitución admite la posibilidad de que las garantías constitucionales puedan ser suspendidas o restringidas en situaciones de emergencia o en circunstancias excepcionales, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 190, ord. 6 y art. 242). El efecto de esta medida es que, durante el tiempo de vigencia de estas suspensiones o restricciones, la garantía de que los derechos y libertades sólo puedan ser limitables por Ley formal queda suspendida o restringida lo que implica y conlleva el que puedan ser regulados por vía ejecutiva.

Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, estos Decretos tienen

“la misma fuerza jurídica que la de una Ley en el entendido que al estar restringido el derecho al libre ejercicio de la actividad lucrativa de la preferencia de cada individuo, consagrado en el artículo 96 de la Constitución, ello transfiere (por el hecho de estar restringido ese derecho económico), la potestad de ejercer a través del Ejecutivo, concretamente del Presidente de la República en Consejo de Ministros, la regulación de materias que son propias de la Reserva Legal” (sentencia de 19-3-87 en *Revista de Derecho Público*, N° 30, 1987, p. 108).

Por tanto, se insiste, la consecuencia fundamental de un Decreto de suspensión o de restricción de las garantías constitucionales, es la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho restringido o suspendido, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida o suspendida la garantía constitucional, ello implica la restricción o suspensión del monopolio que tiene el Legislador para regular o limitar los derechos, con la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichos derechos y garantías constitucionales. Por supuesto, tal como lo aclara la propia Constitución: “la restricción o suspensión de garantías no interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional” (art. 241), por lo que, si bien dichas medidas amplían las competencias normativas del Poder Ejecutivo, ello no impide ni afecta las competencias legislativas ordinarias del Congreso.

Ahora bien, en base a restricción o suspensión de garantías constitucionales, y a la ampliación de las “potestades legislativas” del Poder Ejecutivo, en Venezuela desde 1939, y en la época democrática, desde 1961, el Presidente de la República ha dictado verdaderos Decretos con valor de Ley en diversas materias de gran trascendencia, particularmente, en el campo económico. Por ejemplo, todo el régimen establecido desde la década de los cuarenta en materia de regulación de precios, regulación de alquileres, y de control de cambios, ha tenido su fundamento en Decretos con valor de Ley restrictivos de la libertad económica que pudieron dictarse en base a la suspensión de la garantía de la libertad económica dictada desde 1939.

En cuanto al período democrático actual, debe señalarse que la libertad económica se restringió el mismo día en que se promulgó la Constitución del 23 de enero de 1961, mediante el Decreto N° 455 de 23-1-61 (*G.O.* N° 26.464 de 24-1-61), lo cual se ratificó, posteriormente, por Decreto N° 674 de 8-1-62 (*G.O.* N° 26.746 de 8-1-62) y por el Congreso mediante Acuerdo de 6-4-62 (*G.O.* N° 26.821 de 7-4-62).

Ha sido precisamente con fundamento en estos actos estatales que se ha dictado el Decreto N° 1.538 de 29 de abril de 1987, cuyo artículo 7° ha sido anulado por la Corte Suprema de Justicia.

III

De la situación constitucional anteriormente descrita, por tanto, sin la menor duda, y contrariamente a lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia, en Venezuela existen tres tipos de Decretos con valor de Ley

que pueden ser dictados por el Presidente de la República. Entre ellos están los Decretos que han dictado todos los Presidentes de la República a partir de 1961, en base a la restricción a la libertad económica, y que tienen, en su fundamentación, la referencia al Decreto N° 674 de 2 de enero de 1962 (que restringió la garantía de la libertad económica establecida en el artículo 96 de la Constitución) y al Acuerdo del Congreso de 6 de abril de 1962 que ratificó dicha restricción.

Conforme a dicho Acuerdo, por tanto, la libertad económica quedó restringida “en la medida en que lo determine el Presidente de la República en Consejo de Ministros”, por lo que incluso con la anuencia del Congreso, se amplió el campo de las potestades legislativas del Ejecutivo Nacional para regular en materia económica, cuestiones que en principio sólo podrían ser reguladas por el Legislador (reserva legal).

Dentro de este marco de referencia, por tanto, el Decreto N° 1.538 del 29 de abril de 1987, que estableció el bono compensatorio como una prestación obligatoria para los patronos, pero excepcionando su consideración como parte del salario del trabajador, al regular materias que son evidentemente de la reserva legal, se dictó en base a la restricción de la libertad económica. Por eso su fundamentación en el Decreto N° 674 de 2 de enero de 1962 y en el Acuerdo del Congreso de 6 de abril de 1962.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia al desconocer el rango y valor de Ley al Decreto dictado con fundamentación en dicha restricción a la libertad económica, y reducir los Decretos-Leyes a la sola figura de los Decretos-Leyes habilitados, en la sentencia comentada, desconoció de plano el valor y rango de Decretos-Leyes del mencionado Decreto creador del bono compensatorio, para lo cual, además, se basó en la referencia que como “concordancia” trae la fundamentación del Decreto respecto de la Ley del Trabajo.

En efecto, en la fundamentación del Decreto N° 1.538 de 22 de abril de 1987 se lee que el mismo se dictó por el Presidente de la República:

“En uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 1° y 22 del artículo 190 de la Constitución en concordancia con el artículo 26 de la Ley del Trabajo y en ejercicio de la atribución prevista en el artículo 4° del Decreto N° 674 de fecha 8 de enero de 1962, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 26.746 del 8 de enero de 1962, ratificado por acuerdo del Congreso de fecha 6 de abril de 1962, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 26.821 del 7 de abril de 1962”.

Ahora bien, frente a esto, la Corte Suprema en la sentencia comentada, señaló lo siguiente:

“6. La circunstancia de no haber sido autorizado por una Ley Habilitante sería suficiente para denegar el rango legal que se pretende atribuir al Decreto N° 1.538. Pero, a mayor abundamiento, es del caso observar que la fundamentación del propio Decreto evidencia que el Poder Ejecutivo no actuó en ejercicio de facultades legislativas.

Es obvia, en efecto, la carencia de rango legal de un Decreto que se apoye en el artículo 26 de la Ley del Trabajo, cuya aplicación por el Ejecutivo Nacional puede efectuarse aun por simple Resolución.

Se invocó al mismo tiempo el Decreto N° 674 de 8 de enero de 1962, ratificado por Acuerdo del Congreso de 6 de abril de 1962, porque de una vez la cláusula irrenunciable estableció el monto del beneficio económico que tienen derecho a recibir los trabajadores, en lugar de dejar que ese elemento fuera discutido libremente por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad (art 72 de la Ley del Trabajo)”.

Con este argumento, y no otro, es con el cual la Corte considera que ha “quedado desvirtuada la jerarquía legal del Decreto N° 1.538”. Sin embargo, nada “obvio” resulta la conclusión de la Corte, pues en los párrafos no se dice nada que la demuestre. En dichos párrafos, en efecto, la Corte señala simplemente:

1. Que el Decreto no es un Decreto-Ley pues no se dictó en base a una Ley habilitante; y
2. Adicionalmente, que no es un Decreto-Ley porque cita en su fundamentación a una Ley (la Ley del Trabajo) razón por la cual el Ejecutivo no actuó en ejercicio de facultades legislativas.

Además, concluye afirmando sin que se entienda por qué, en que la invocación al Decreto de restricción de la garantía económica (Decreto N° 674 de 8 de enero de 1962) y del Acuerdo del Congreso que lo ratificó (de 6 de abril de 1962), sólo se hace “porque de una vez la cláusula irrenunciable estableció el monto del beneficio económico que tienen derecho a recibir los trabajadores, en lugar de dejar que ese elemento fuera discutido libremente por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

Pero después de llegar a la “obvia” conclusión del rango sublegal del Decreto, a pesar de la última afirmación, entra a analizar el artículo 7 del mismo, que declara que el bono compensatorio no forma parte del salario o como señala la sentencia, que “lo descalifica como remuneración salarial”, y concluye luego del estudio del artículo 73 de la Ley del Trabajo, en que “el bono compensatorio reúne todos los elementos

necesarios para que se le considere parte del salario”, considerando que “se trata de un complemento del salario para contrarrestar los efectos angustiantes del proceso inflacionario”. Por ello, concluye su motivo señalando simplemente que:

“No es, en consecuencia, jurídica ni legalmente aceptable la descalificación que del mismo se expresa en el artículo 7° *ejusdem* y así se declara”.

La Corte no dice, en realidad, por qué dicha descalificación no es legalmente aceptable, pero se presume que es porque en su criterio violaría el artículo 73 de la Ley del Trabajo, aun cuando no lo dice expresamente. Por ello, no está claro en base a qué, en la parte dispositiva, declara la nulidad del artículo 7 del Decreto N° 1538, pues no se dice expresamente en ninguna parte de la sentencia que el Decreto N° 1538 viola el artículo citado de la Ley del Trabajo.

En todo caso, el argumento de la Corte Suprema es absolutamente contradictorio en torno al tema de la ausencia de rango legal de Decreto N° 1538. En efecto, estima que el artículo 7 del mismo, al descalificar el carácter de salario del bono compensatorio, no tiene rango legal, por lo que viola el artículo 73 de la Ley del Trabajo. Sin embargo, no -utiliza el mismo criterio para juzgar el artículo b y la totalidad del Decreto. En efecto, si éste no tiene rango ni valor de Ley no sólo no podía establecer una excepción al artículo 73 de la Ley del Trabajo, sino que tampoco podía regular el mismo bono compensatorio, el cual viola la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo al imponer unilateralmente al patrono la obligación de pagar el bono compensatorio, lo cual es una limitación a la libertad económica no establecida en la Ley del Trabajo. Por tanto, el razonamiento de la Corte, de la ausencia de rango legal del Decreto, en realidad conduciría a considerar que debió haber declarado también la nulidad de la totalidad del Decreto y no sólo su nulidad parcial (de un artículo). Tan carente de rango legal entonces sería el artículo 7 (excepción al carácter salarial del bono) como el artículo 1° (establecimiento de una obligación adicional a la prevista en los contratos, a cargo del patrono). Sin embargo, la sentencia, - sin lógica alguna, estima que sólo una parte del Decreto-Ley no tiene rango legal y aparentemente la otra sí (de lo contrario no hubiera podido crearse el bono compensatorio) lo cual es una contradicción e incongruencia inaceptable. En ello, precisamente, ha incurrido la decisión que comentamos de la Sala Político-Administrativa.

IV

Ahora bien, esta decisión de la Corte Suprema de Justicia además de incongruente en sí misma, lo que ha demostrado es un desconocimiento de nuestra realidad jurídica, cuya generalización podría producir el descalabro absoluto del régimen de la economía en Venezuela, dictado en buena parte, mediante Decretos-Leyes dictados en restricción a la libertad económica.

En efecto, esta decisión al negarle el carácter de Decretos con valor de Ley mediante los cuales se pueden regular materias de la reserva legal, a los dictados en base a la restricción a la libertad económica, significa un directo cercenamiento, por la Corte, de los poderes de urgencia que tiene el Presidente de la República en base al Decreto de restricción de la libertad económica N° 674 de 8 de enero de 1962 ratificado por Acuerdo del Congreso de 6 de abril de 1982, de regular la economía en el país. En consecuencia, si la doctrina de la Corte es coherente, el Presidente de la República, no deberá hacer más uso de dicha medida de restricción a la libertad económica, con lo cual, por un malabarismo jurídico-judicial, debe concluirse que virtualmente está restablecida la garantía económica, por lo que tanto se ha abogado en los últimos años. Todo Decreto que dicte el Presidente en el futuro, fundamentado en dicha restricción de la libertad económica y que incida en materias de reserva legal, podría ser impugnado ante la Corte, por las mismas razones de la sentencia.

Pero más graves aún podrían ser los, efectos de esta decisión de la Corte, en relación a los Decretos dictados en los últimos 27 años en base a la restricción a la libertad económica y que han incidido e inciden en aspectos vitales de la economía, que corren el riesgo de ser anulados por las mismas razones del fallo.

En efecto, desde 1961, se han dictado en base al Decreto N° 647 de 8 de enero de 1962 ratificado por Acuerdo del Congreso de 6 de abril de 1962, la siguiente cantidad de Decretos-Leyes, en el sentido de que han regulado materias reservadas al Legislador: 8 durante el gobierno del Presidente R. Betancourt (1959-1964) y entre ellos, los relativos al régimen cambiario; 5 durante el gobierno del Presidente Leoni (1964-1969) y entre ellos los relativos al régimen de expendio de los productos derivados del petróleo; 9 durante el gobierno del Presidente R. Caldera (1969-1974), y entre ellos, los relativos al régimen de las tasas de interés; 66 durante el gobierno del Presidente C. A. Pérez (1974-1979) y entre ellos los relativos a la política

de precios, a la inamovilidad laboral y al régimen industrial manufacturero¹; 27 durante el gobierno del Presidente L. Herrera Campíns (1979-1984), y entre ellos los relativos al régimen cambiario; y 53 en lo que va del período constitucional del Presidente J. Lusinchi (1984-marzo 1988).

Ahora bien, concretándonos a los Decretos dictados por el Presidente J. Lusinchi que regulan materias de la reserva legal, y que, por tanto, se han de considerar como Decretos-Leyes o con valor de Ley, están los siguientes:

1. *Decretos-Leyes relativos al régimen cambiario*

En primer lugar, se destacan los Decretos-Leyes relativos al régimen cambiario que han continuado la actividad reguladora de emergencia en la materia iniciada en 1983:

A. *Decreto N° 61* de 20/03/1984 (*G.O.* 32.942 de 20/03/1984) mediante el cual se creó una Comisión que tiene a su cargo autorizar el registro de la Deuda Privada Externa, conforme a los términos del *Decreto-Ley N° 1988* de 07/05/1983 sobre la obtención de Divisas a tipos de cambio preferencia]. Este Decreto-Ley N° 1988 fue dictado, además “en concordancia con el artículo 91, literal b) de la Ley de Banco Central de Venezuela y de conformidad con el artículo 7° del Decreto N° 1929 de fecha 16/03/1983”, y fue reformado por varios Decretos-Leyes, los cuales igualmente han estado fundamentados en el Decreto N° 647 de 08/01/1962 ratificado por Acuerdo del Congreso de fecha 06/04/1962. Entre ellos tenemos: *Decreto-Ley 208* de 23/07/1984 (*G.O.* 33.025 de 23/07/1984); *Decreto-Ley 446* de 27/12/1984 (*G.O.* 33.133 de 27/12/1984); *Decreto-Ley 539* de 20/03/1985 (*G.O.* 33.188 de 20/03/1985); *Decreto-Ley 683* de 21/06/1985 (*G.O.* 33.250 de 21/06/1985); *Decreto-Ley 850* de 24/09/1985 (*G.O.* 33.317 de 27/09/1985); *Decreto-Ley 901* de 13/11/1985 (*G.O.* 33.350 de 14/11/1985); *Decreto-Ley 915* de 27/11/1985 (*G.O.* 33.361 de 21/11/1985). Todos estos Decretos tuvieron por objeto extender el plazo establecido en el artículo 5° del Decreto-Ley 61 del 20/03/1984 para que la Comisión adoptase sus decisiones.

Otras dos modificaciones fueron introducidas al Decreto N° 61, con las mismas fundamentaciones: el *Decreto-Ley 287* de 20/09/1984 (*G.O.* 33.607 de 20/09/1984) mediante el cual se permitió a la Comisión tomar en cuenta documentos presentados por los interesados: y el *Decreto-Ley 431* de 20/12/1984 (*G.O.* 33.131 de 21/12/1984) relativo al registro de la Deuda Privada Externa derivadas de Cartas de Crédito.

B. *El Decreto-Ley 96* de 27/04/1984 (*G.O.* 32.967 de 30/04/1984) dictado además “en concordancia con el artículo 91, letra b) de la Ley de Banco Central de Venezuela”, mediante el cual se creó una Comisión para emitir las autorizaciones para la adquisición de divisas para el pago de porciones de capital de los sectores financieros y no financieros. Este Decreto-Ley 96 fue reformado por el *Decreto-Ley 508* de 27/02/1985 (*G.O.* 33.178 de 06/03/1985) dictado además “en concordancia con el artículo 91, al literal b) de la Ley de Banco Central de Venezuela”.

C. *El Decreto-Ley 135* dictado, además, “en concordancia con lo establecido en el aparte único del artículo 90 y en el literal b) del artículo 91 de la Ley de Banco Central de Venezuela”, mediante el cual se autorizó al Ministro de Hacienda para acordar con el Banco Central de Venezuela los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales ese Instituto suministraría las divisas correspondientes al pago de intereses vencidos de la deuda privada externa registrada o en trámite de registro en la Oficina del Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI). Este Decreto-Ley y el *Decreto-Ley 351* de 21/11/1984 (*G.O.* 33.110 de 22/11/1984) mediante el cual se dispuso que en los acuerdos que celebre el Ministro de Hacienda con el Banco Central de Venezuela, podría establecerse un régimen de autorización de divisas para atender el pago de intereses causados y no vencidos de la deuda privada externa fueron derogados por el *Decreto-Ley 1173*, de 16/07/1987 (*G.O.* 33.514 de 17/07/1986), el cual fue dictado, además, “en concordancia con lo establecido en el aparte único del artículo 90 y en la letra b) del artículo 91 de la Ley de Banco Central de Venezuela, así como en el artículo 2° de la Ley Orgánica que crea el Fondo de Compensación Cambiaria”. A través de este Decreto-Ley, el Banco Central de Venezuela suspendió la venta de divisas del mercado controlado para el pago de la Deuda Privada Externa registrada en RECADI, con algunas excepciones; y además autorizó al Ministro de Hacienda para celebrar con el Banco Central de Venezuela los convenios o acuerdos que fueren necesarios para la ejecución de lo previsto en el presente Decreto. Este Decreto-Ley fue a su vez derogado por el *Decreto-Ley N° 1.380* de 06/12/1986 (*G.O.* 3.935 Ext. de 08/12/1986), dictado además “en concordancia con lo establecido en el aparte único del artículo 90 y en la letra b) del artículo 91 de la Ley de Banco Central de Venezuela, así como en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Liquidación del Fondo de Compensación Cambiaria”, que tuvo por objeto regular las ventas de divisas del mercado

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979”, Valencia 1980, pp. 29 y ss.

controlado para la amortización del capital y el pago de los intereses de la Deuda Privada Externa registrada en RECADI. Este Decreto-Ley fue reformado parcialmente por el *Decreto-Ley 1825* de 12/11/1987 (*G.O.* 33.844 de 12/11/1987) dictado además “en concordancia” con los artículos 92 primer aparte; y 93, letra b) de la Ley de Banco Central de Venezuela, así como en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Liquidación del Fondo de Compensación Cambiaria.

D. El *Decreto-Ley 386* de 12/12/1984 (*G.O.* 3.489 Ext. de 27/12/1984) dictado además “en concordancia con lo establecido en el artículo 92 literal b) de la Ley de Banco Central de Venezuela” y “de conformidad con el artículo 8 del Decreto N° 68 del 27/03/1984”, mediante el cual se dictó la Reforma del Decreto-Ley N° 1.988 de 25/09/1983 el cual reguló la obtención de divisas a un tipo de cambio preferencial. Este Decreto-Ley 386 fue derogado por el *Decreto-Ley 1.072* de 17/04/1986 (*G.O.* 33.463 de 06/05/1986) dictado además “en concordancia con lo establecido en el artículo 91 literal b) de la Ley de Banco Central de Venezuela”. Este Decreto fue reformado parcialmente por el *Decreto-Ley N° 1.109* de 21/05/1986 (*G.O.* N° 33.477 de 26/05/1986) dictado además bajo las mismas normas que sirvieron de fundamento al Decreto anterior, y complementado por el *Decreto-Ley 1.514* de 08/04/1987 (*G.O.* 33.695 de 08/04/1987) disponiéndose que RECADI, autorizaría de oficio o a petición de parte, cuando se hubiesen producido pronunciamientos anteriores, la obtención de divisas preferenciales en aquellos casos a los cuales, para la fecha de publicación de este Decreto, se hubiese vencido el plazo previsto en el artículo 9, del Decreto 1.109 y en la Resolución N° 969 del 08/10/1986. Este Decreto fue reformado a su vez por el *Decreto-Ley 1.103* de 08/10/1986 (*G.O.* N° 33.572 de 08-10-1986) bajo las mismas normas, únicamente ampliando los lapsos establecidos en el primer aparte del artículo 24 del Decreto-Ley 1.109 antes mencionado. Ahora bien, el Decreto-Ley 1.109 fue finalmente derogado por el *Decreto-Ley 1.611* de 10-06-1987 (*G.O.* N° 33.738 de 12-06-1987) dictado además bajo las mismas disposiciones legales que el Decreto que deroga, se aprobó la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales. Este último, fue reformado por el *Decreto-Ley 1.647* de 08-07-1987 (*G.O.* 33.7557 de 10-07-1987) dictado además “en concordancia con lo establecido en el artículo 91 literal b) de la Ley de Banco Central de Venezuela”.

E. El *Decreto-Ley 788* de 28-08-1985 (*G.O.* 33.295 de 28-08-1985) dictado además “en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2 Numeral 3; 75; 85 y 31, Numeral 21 de la Ley de Banco Central de Venezuela”, mediante el cual se prohibió la oferta pública para la compra de oro en barra o en forma de joyas usadas o deterioradas. Este Decreto fue derogado por el *Decreto-Ley 1.175* de 16-07-1987 (*G.O.* 33.514 de 17-07-1986).

F. El *Decreto-Ley 1.041* de 19-03-1986 (*G.O.* 33.439 de 01-04-1986) mediante el cual se creó una Comisión que tendría a su cargo la fijación de las políticas y prioridades que debería aplicar RECADI, para el otorgamiento de importación y autorizaciones de divisas. Este Decreto-Ley fue derogado por el *Decreto-Ley 1.546* de 06-05-1987 (*G.O.* 33.712 de 07-05-1987) dictado además “en uso de la atribución que le confiere el Ordinal 12 del artículo 190 de la Constitución y de conformidad con lo establecido en los artículos 25, Ordinal 4°; 26 Ordinal 4° y 28 Ordinal 3°, de la Ley Orgánica de la Administración Central”, mediante el cual se creó la Comisión de Importaciones que tendría por objeto definir criterios que permitieran orientar las importaciones, con divisas preferenciales, de los sectores públicos y privados, en función del presupuesto de Divisas a que alude el artículo 90 de la Ley de Banco Central de Venezuela y de la política económica fijada por el Ejecutivo Nacional, así como autorizar, modificar o rechazar las solicitudes de importación y fijar políticas y prioridades que deberá aplicar la Oficina Competente del Ministerio de Hacienda para el otorgamiento de las conformidades de importación y de las autorizaciones de divisas solicitadas por el sector privado.

G. El *Decreto-Ley 1.160* de 09-07-1986 (*G.O.* 33.514 de 17-07-1986) dictado además en concordancia con lo establecido en el aparte único del artículo 90 y en la letra b) del artículo 91 de la Ley de Banco Central de Venezuela”, mediante el cual se dispuso que en los casos de exportaciones de bienes con valor agregado nacional inferior al 100%, los exportadores deberían compensar al Banco Central de Venezuela por el suministro de divisas del mercado controlado para el pago del componente importado de dichos bienes, conforme en él se expresa. Este Decreto-Ley fue derogado por *Decreto-Ley 1.379* de 06-12-1986 (*G.O.* 3.935 Ext. de-08-12-1986), mediante el cual se autorizó al Ministro de Hacienda para que acordase con el Banco Central de Venezuela, las limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional. Este Decreto a su vez fue reformado por *Decreto-Ley 1.469* de 11-02-1987 (*G.O.* 33.662 de 18-02-1987).

H. El *Decreto-Ley 1.544* de 06-05-1987 (*G.O.* 33.711 de 06-05-1987) mediante el cual se dispuso que RECADÍ cesaría en sus actividades el 15-06-1987, y a partir de esa fecha, sus atribuciones, competencias y funciones serían ejercidas conforme a las normas establecidas en el mismo.

I. El *Decreto-Ley 1.723* de 07-09-1987 (*G.O.* 33.799 de 09-09-1987) dictado además “en concordancia con los artículos 90, aparte Único y 91 letra b) de la Ley de Banco Central de Venezuela”, mediante el cual se autorizó al Ministro de Hacienda para que, por vía de nuevos convenios cambiarios o ampliación de los existentes, acordase con el Banco Central de Venezuela un régimen especial para las empresas que se propongan la realización de nuevos proyectos industriales en las ramas siderometalúrgica, químico, petroquímica y minera, etc. Este Decreto-Ley fue reformado parcialmente por el *Decreto-Ley 1779* de 14-10-1987 (*G.O.* 33.824 de 15-10-1987) y este fue derogado por el *Decreto-Ley 1988* de 03-02-1988 (*G.O.* 33.901 de 05-02-1988) dictado además “en concordancia con lo previsto en el artículo 7° de la Ley Orgánica de la Administración Central y en los artículos 92, aparte Único y 93, letras b) y e) de la Ley de Banco Central de Venezuela”, “mediante el cual se autorizó al Ministro de Hacienda para que, por vía de nuevos convenios cambiarios o ampliación de los existentes, acordase con el Banco Central de Venezuela, un Régimen Especial para las empresas que se propongan la realización de nuevos proyectos industriales en las ramas metalúrgica, química, química-mecánica, pulpa y papel, petroquímica y minera, etc.

J. El *Decreto-Ley 1.995* de 10-02-1988 (*G.O.* 33.904 de 10-02-1988) dictado, además, “en concordancia con lo establecido en los literales b) y e) del artículo 93 de la Ley de Banco Central de Venezuela” relativo al otorgamiento de la conformidad de importación de materias primas comprendidas en lista determinada por los Ministerios de Hacienda y de Fomento, mediante Resolución conjunta, a los efectos de la obtención de divisas preferenciales. Este Decreto se complementa con el *Decreto-Ley 1.647* de 08-07-1987, sobre la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales.

K. El *Decreto-Ley 2.024* de 02-03-1988 (*G.O.* 33.919 de 04-03-1988) mediante el cual se dispuso que el Ministerio de Hacienda podría revisar, a solicitud de parte interesada, las providencias emanadas de la Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa, con excepción de las que hubieren quedado definitivamente firmes porque sobre ellas hubiere recaído sentencia definitiva declarando sin lugar el Recurso interpuesto.

2. *Decretos-Leyes relativos a la política de precios*

Por otra parte, y siguiendo también una tradición reguladora que se remonta a 1940, pero en este caso modificándose el régimen de leyes formales, como la Ley de Protección al Consumidor, se destacan los siguientes Decretos-Leyes.

A. El *Decreto-Ley N° 63* de 20-03-1984 (*G.O.* 32.944 de 23-03-1984) dictado, además, “de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercadeo Agrícola y en los Decretos Nos. 548 de 20-03-1980 y 1971 de 18-04-1983”, mediante el cual se fijaron en todo el Territorio Nacional, las categorías y precios mínimos en beneficio de los productores, para la carne de res en canal fría, así como para los cueros y despojos a nivel de frigoríficos y mataderos industriales autorizados.

B. El *Decreto-Ley N° 258* de 23-08-1984 (*G.O.* 3.427 Extr. de 23-08-1984) dictado además “en conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley de Mercadeo Agrícola y en el artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor”, “en concordancia con el Decreto N° 548 de 20-03-1980” y oída la opinión favorable de la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios; mediante el cual se dictaron las Normas de Política Lechera, estableciéndose precios mínimos a los productores de leche y precios máximos de venta al público. Este Decreto-Ley fue reformado parcialmente por dos Decretos: el *Decreto-Ley 973* de 08-01-1986 (*G.O.* 33.388 de 13-01-1986) dictado además “en conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley de Mercadeo Agrícola y en el artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor”, en concordancia con el Decreto N° 548 de 20-03-1980”, y oída la opinión favorable de la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios; y el *Decreto-Ley 624* de 15-05-1985 (*G.O.* 33.238 de 05-06-1985) dictado además “bajo las mismas normas que sirvieron de fundamento al Decreto anterior”. Este último Decreto-Ley fue reformado parcialmente por el *Decreto-Ley 1548* de 06-05-1987 (*G.O.* 33.714 de 11-05-1987), el cual a su vez fue reformado por el *Decreto-Ley 2.037* de 16-03-1988 (*G.O.* 33.929 de 18-03-1988).

C. El *Decreto-Ley N° 327* de 31-10-1984 (*G.O.* 33.097 de 05-11-1984), mediante el cual se dispuso que los productores de bienes y quienes presten servicios no declarados de primera necesidad estaban en la obligación de participar al Ministerio de Fomento, Dirección General Sectorial de Comercio, toda modificación o fijación de precio en sus productos o servicios por lo menos con 60 días de anticipación.

D. El *Decreto-Ley 1.540* de 29-04-1987 (G.O. 33.707 de 29-04-1987) mediante el cual se dispuso que a partir del 1° de Mayo de 1987, se mantenían en todo el Territorio Nacional hasta por el plazo de 120 días continuos los precios de todos los bienes declarados de primera necesidad. Este Decreto-Ley fue derogado por el *Decreto-Ley 1.717* de 31-08-1987 (G.O. 33.792 de 31-08-1987) mediante el cual se dispuso que el Ministerio de Fomento dictaría las Resoluciones por medio de las cuales declarararía como de primera necesidad determinados bienes y servicios y regulará sus precios de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor y la Ley que crea la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios.

3. *Decretos-Leyes relativos a la- política crediticia y financiera*

En este campo los siguientes Decretos-Leyes fueron dictados:

A. El *Decreto-Ley 320* de 24-10-1984 (G.O. 33.092 de 29-10-1984) relativo a las empresas que se dedican a realizar operaciones de arrendamiento financiero de bienes conforme al Decreto N° 1.611 de 04-09-1982 (G.O. 32.554 del 07-09-1982) mediante el cual se dictaron Normas sobre arrendamiento financiero de bienes.

B. El *Decreto-Ley 750* de 07-08-1985 (G.O. 33.280 de 07-08-1985) mediante el cual se dispuso que las personas naturales o jurídicas quienes mediante cualquier mecanismo se dediquen a obtener recursos del público, a través de cesiones o ventas de derechos o participaciones en Fondos de Activos Líquidos, Fondos Fiduciarios o en otros Fondos constituidos con tal finalidad, sólo podrían invertir los recursos así obtenidos en las negociaciones que en él se indican.

4. *Decretos-Leyes relativos a la política social*

En este campo, los siguientes Decretos-Leyes fueron dictados:

A. El *Decreto-Ley 851* de 24-09-1985 (G.O. 33.315 de 25-09-1985) dictado además “en ejercicio de la atribución que le confiere el Ordinal 10° del artículo 190 de la Constitución”, mediante el cual se dictó el Programa de Asistencia Económica y Social de los Trabajadores a Domicilio que realicen labores de Corte y Costura.

B. El *Decreto-Ley 960* de 26-12-1985 (G.O. 33.381 de 02-01-1986) dictado además en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 1° y 22° del artículo 190 de la Constitución, en concordancia con el artículo 26 de la Ley del Trabajo”, mediante el cual se dispuso que en los contratos individuales de Trabajo con personas naturales o jurídicas del Sector Privado se consideraba cláusula irrenunciable el derecho de los Trabajadores a percibir los aumentos de sueldos y salarios a que se refiere dicho Decreto.

C. El *Decreto-Ley 1.538* de 29-04-1987 (G.O. 33.707 de 29-04-1987) dictado además “en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 1° y 22°), del artículo 190 de la Constitución, “en concordancia con el artículo 26 de la Ley del Trabajo”, mediante el cual se dictó el régimen para el Bono Compensatorio, y cuyo artículo 7 fue anulado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la citada sentencia de 07-03-1988, objeto de estos comentarios.

5. *Decreto-Ley relativo al uso de motocicletas*

El *Decreto-Ley 485* de 25-01-1985 (G.O. 33.173 de 27-02-1985) dictado además “en ejercicio de la atribución que le confiere el Ordinal 10° del artículo 190 de la Constitución Nacional” y “de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 5, 6, 10, 18, 66 y 67 de la Ley de Tránsito Terrestre, en los artículos 19 y 20 Ordinales 1° y 7° de la Ley Orgánica del Ambiente y en el artículo 2° del Decreto 455 de 23-01-1961, mediante el cual se dictó el Reglamento parcial sobre el uso y circulación de motocicletas.

6. *Decreto-Ley relativo al comercio fronterizo*

El *Decreto-Ley 1.716* de 31-08-1987 (G.O. 33.793 de 01-09-1987) mediante el cual se dispuso el régimen para la comercialización, circulación, depósito y tenencia de bienes y mercancías en las Zonas de Vigilancia Aduanera (Zonas fronterizas terrestres). Este Decreto fue sustituido por el *Decreto-Ley 1.795* de 21-10-1987 (G.O. 33.828 de 21-10-1987).

V

Todos los Decretos antes reseñados, fundamentados en el Decreto N° 674 de 1962 y en el Acuerdo ratificatorio del Congreso, es decir, dictado en régimen de restricción a la libertad económica, sin la menor duda han regulado materias de la reserva legal, es decir, materias que normalmente corresponden ser reguladas por el Legislador, dada la limitación o restricción que contienen respecto de la libertad económica garantizada en la Constitución y que no ha sido establecida o regulada por Ley.

Precisamente, por ello, el Ejecutivo Nacional, desde 1962, ha acudido a la figura del Decreto-Ley dictado en restricción de la libertad económica, para regular dichas materias.

Ahora bien, con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de 7 de marzo de 1988, de un plumazo, se desconoce el rango y valor de Ley de estos Decretos, y en base a ello se anula un artículo de uno de los mismos (art. 7 del Decreto N° 1.538). Esto significa que, si se alega el solo razonamiento adoptado por la Corte y se impugnan por inconstitucionalidad todos los Decretos mencionados, por tratarse, supuestamente de textos de rango *sub legal*, que no pueden regular materias de la reserva legal, se desquiciaría el régimen básico de la economía relativo, por ejemplo, a la política cambiada y de precios,

¿Entendió la Corte Suprema esta situación, cuando dictó la sentencia comentada? ¿Era su intención señalar, indirectamente, que nunca ha estado restringida la garantía de la libertad económica, y que las regulaciones de emergencia dictadas en base al Decreto N° 647 de 1962 ratificado por Acuerdo del Congreso, por todos los Presidentes democráticos, han sido meras inconstitucionalidades cometidas por estos?

8. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS DE AMPARO DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Revista de Derecho Público, N° 36, oct.-dic. 1988,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 160-172

I

La Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de septiembre de 1988 (caso Termivalca) dictada con motivo de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de un Tribunal Superior que declaró sin lugar, en segunda instancia, una acción de amparo, declaró inadmisibles dicho recurso, pura y simplemente, por considerar que de aceptarse la posibilidad de un recurso de amparo contra una sentencia de amparo de segunda instancia, ello conduciría a “una acción judicial *ad perpetuam*” lo que sería contrario al principio de la doble instancia y de la firmeza de las decisiones judiciales.

La Sala de Casación Civil, fundamentó su decisión en la forma siguiente:

“De la revisión del escrito contentivo del recurso de amparo y de las copias certificadas acompañadas al mismo, se advierte que el presente caso se origina por un recurso de amparo propuesto por los abogados Rafael Pérez Castillo, Argenis Flores, Emilia Yrureta y Arturo Carrillo, ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Carabobo, quien lo declaró sin lugar”.

“Apelada dicha sentencia, subió el expediente al Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la misma Circunscripción Judicial, al cual en fecha 14 de marzo de 1988, declaró SIN LUGAR el recurso de amparo propuesto y sin lugar la apelación interpuesta. Contra esta última sentencia es que los recurrentes, abogados Rafael Pérez Castillo y Argenis Flores, intentan recurso de amparo y pretenden que este máximo tribunal tramite dicho recurso de conformidad con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

“A juicio de este Supremo Tribunal, es inadmisibles, por improcedente, la proposición de un recurso de amparo contra lo decidido en otro recurso de amparo porque “de aceptarse esa posibilidad resultaría una acción judicial *ad perpetuam*, lo que es ilógico y contrario al principio de que toda cuestión o controversia judicial no puede, una vez finalizada reabrirse, salvo por causa de invalidación”. Esta tesis tomada de la sentencia dictada por la Sala Político- Administrativa de esta Corte Suprema de Justicia el 10 de noviembre de 1986 y que ahora se reitera, es totalmente aplicable al presente caso, por todo lo cual se declara INADMISIBLE el escrito presentado por los postulantes el 14 de abril de 1988”.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil declaró inadmisibles el “Recurso de Amparo ejercido por los Abogados Rafael Pérez Castillo y Argenis Flores, en fecha 14 de abril de 1988, en el cual, con invocación de normas de la Constitución Nacional, concordadas con la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, le imputa a la sentencia del Juez Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, presuntas violaciones al orden constitucional, con motivo del juicio antes indicado”.

Ahora bien, la doctrina contenida en esta decisión, por su generalidad, consideramos que es contraria al espíritu del artículo 49 de la Constitución y al texto de la Ley Orgánica de Amparo, pues si bien es cierto que en algunos casos, a través de un recurso de amparo contra una sentencia de amparo de segunda instancia, el recurrente podría pretender reabrir el proceso en una especie de tercera instancia, en otros casos puede tratarse de que la sentencia de amparo, en segunda instancia, independientemente del fondo de la cuestión debatida, haya en sí misma violado un derecho fundamental, en cuyo caso sí debe proceder el recurso de amparo contra la misma. La generalización que ha hecho la Sala de Casación Civil, sin embargo, conduce a la absurda conclusión de que si una sentencia dictada en segunda instancia, como culminación de un juicio de amparo, en sí misma e independientemente del fondo debatido, vulnera un derecho constitucional, entonces no podría ser objeto de protección constitucional. Esta interpretación, por supuesto, es contraria al propio artículo 49 de la Constitución.

II

Para ilustrar nuestra posición, basta un ejemplo relativamente simple.

Un particular intenta una acción de amparo contra una conducta de una autoridad pública que estima viola un derecho constitucional del accionante, no enumerado en la Constitución, pero inherente a la persona humana, y, por tanto, protegible conforme al artículo 50 de la Constitución. Al final del proceso, el juez de segunda instancia concluye declarando sin lugar el amparo solicitado, por considerar que el derecho que se dice violado no es un derecho o garantía constitucional, y por tanto, no es amparable conforme al artículo 49 de la Constitución a través del ejercicio de la acción de amparo regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En ese caso, independientemente del fondo del asunto que hubiera podido plantearse (si hubo o no violación de un derecho) lo que decidiría el Tribunal de Segunda Instancia es que el derecho alegado no era amparable, por lo que declararían sin lugar la acción. En ese caso, es indudable que, si el derecho alegado era, en efecto, un derecho constitucional, la sentencia de segunda instancia, al no otorgarle a dicho derecho rango constitucional, *per se* violaría el derecho el accionante a ser amparado que garantiza el artículo 49 de la Constitución, y sería por tal motivo, objeto de un recurso de amparo, por ante la Corte Suprema de Justicia.

En este caso, en nuestro criterio, es evidente la procedencia y admisibilidad del recurso de amparo, pues con el mismo ni se pretende violentar el principio de la doble instancia, ni se pretende prolongar un juicio *ad perpetuam*. Con un recurso de amparo, en ese supuesto, no se perseguiría reabrir ante la Corte Suprema, un proceso concluido con la sentencia objeto del recurso, sino que lo que se perseguiría es que la Corte ampare al recurrente, *en su derecho a ser amparado constitucionalmente* por las violaciones a su derecho constitucional, el cual ha sido desconocido y violado por el Juzgado Superior.

En efecto, tal como está regulada la acción de amparo en la Constitución y en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la misma procede “contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal” y contra “el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos” constitucionales (art. 2). Por tanto, sin la menor duda, la acción de amparo *procede contra toda decisión judicial* que viole o amenace violar un derecho o garantía constitucional, así se trate de una decisión judicial dictada con motivo del ejercicio, a su vez, de una acción de amparo (Véase sobre esto lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “El problema del amparo contra sentencias o de cómo la Sala de Casación Civil remedia arbitrariedades judiciales”, *Revista de Derecho Público*, N° 34, 1988, p. 163 y ss.).

Sin embargo, ello es cierto, cuando se ejerce un recurso de amparo contra una sentencia de segunda instancia dictada en un juicio de amparo, dicho recurso debe estar motivado por el hecho de que la *sentencia atacada, en sí misma, e independientemente de fondo de la causa decidida, lesiona ilegítimamente un derecho constitucional*. Cuando se ejerce la acción de amparo en estos casos, por tanto, en realidad no se busca “reabrir” una controversia judicial ya decidida y finalizada. El juez de amparo contra sentencias no puede “reabrir” el proceso decidido en la sentencia, sino que limita su actuación *a juzgar si la sentencia, en sí misma, violó legítimamente un derecho constitucional* a objeto de ordenar el inmediato restablecimiento de la situación jurídica lesionada por la decisión judicial. Por tanto, en estos casos, nunca se daría el supuesto de acción judicial *ad perpetuam* que menciona la Sala, pues ello sería contrario a la protección constitucional regulada en la propia Ley Orgánica de Amparo. Como se ha dicho, el recurso de amparo contra una decisión de amparo se ejerce fundamentándose en que esta sentencia de amparo, *en sí misma*, viola un derecho fundamental, por lo que no se ejerce en ningún caso, en relación con los mismos hechos en que se hubiese fundamentado la acción original. Esa sería la situación en el caso ejemplificado, en el cual se denuncia la violación por la sentencia, del artículo 49 de la Constitución.

III

En este contexto, además, al proceder un recurso de amparo contra una decisión de amparo de segunda instancia dictada por un Tribunal Superior, es evidente que el tribunal superior competente para conocer de dicha acción tiene que ser la Sala de Casación Civil.

Ya el punto ha sido dilucidado por la propia Sala de Casación en su decisión de 16 de julio de 1988 (caso: Edificaciones Las Rocas C.A. vs. Jozsef Lajos Kovacs), al señalar que:

“En los supuestos de acciones de amparo contra decisiones judiciales, las mismas deben interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento. Si bien es cierto, que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, no es Tribunal de Alzada de los Juzgados Superiores Civiles, sí es en cambio un Tribunal de Superior Jerarquía a ellos”.

Por tanto, la Sala de Casación Civil es el Tribunal Superior competente, a los efectos del artículo 4° de la Ley Orgánica de Amparo, para conocer del recurso de amparo contra sentencias dictadas en juicios de amparo por los Tribunales Superiores.

IV

Por otra parte, en el caso de ejemplificado, resultaría evidente la procedencia del recurso de amparo contra la decisión judicial contenida en una sentencia dictada por el Juzgado Superior mediante la cual se declarase improcedente el amparo solicitado en abierta violación a la Constitución, al desconocer el rango y naturaleza constitucional de un derecho fundamental inherente a la persona humana.

En efecto, habiendo sido dictada la decisión judicial por un Tribunal Superior, contra la misma no existe ninguna vía paralela de impugnación, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que ha establecido la improcedencia del recurso de casación en materia de amparo constitucional. En la doctrina y la jurisprudencia patria se ha establecido en forma reiterada, que una de las condiciones para que proceda la acción de amparo constitucional, es la *inexistencia de recursos* o la inidoneidad de éstos para proteger el derecho lesionado. Por lo cual, resulta evidente, que, contra un acto judicial lesivo, de un derecho constitucional, como el ejemplificado, no procedería recurso paralelo alguno, motivo por el cual, resulta necesaria la procedencia del amparo constitucional, como única vía judicial para obtener el restablecimiento de la situación jurídica que ha sido infringida gravemente. De lo contrario, se estaría aceptando que los Tribunales Superiores pueden violar la Constitución y en consecuencia el Estado de Derecho, sin que ello tuviera control alguno.

Dicha situación sería contraria al propio Texto de la Constitución el cual establece categóricamente, que “*todo* acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo...” (art. 46). Por ello, tratándose de una sentencia que viola la Constitución, la Corte de conformidad con su Ley Orgánica, tiene asignada como función primordial “controlar de acuerdo con la Constitución y las leyes, la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público” (art. 2). Esta norma se ha concretado en leyes especiales como la Ley Orgánica de Amparo, al asignarle las Salas de la Corte la competencia para conocer y decidir acciones de amparo contra sentencias dictadas por Tribunales Superiores (art. 4), o contra actos dictados por determinados agentes del Poder Público (art. 8). Incluso, a la Sala de Casación Civil se le ha asignado la competencia expresa para anular de oficio las sentencias impugnadas que incurran en infracciones de “orden público y *constitucionales*” (art. 320, CPC).

En el caso ejemplificado, es evidente que resultaría irreparable la lesión causada en los derechos constitucionales del recurrente, en caso de no admitirse la procedencia de la acción de amparo contra una decisión judicial lesiva de sus derechos constitucionales. Es precisamente la existencia de este “gravamen irreparable” ocasionado por una sentencia, la condición requerida para que la Corte Suprema asuma el control de la constitucionalidad por vía de amparo, con el objeto de restablecer de inmediato la situación jurídica infringida en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales infringidos. Para ello, la Corte ha de afinar la generalidad en que ha incurrido en el fallo comentado, que, de aceptarse sin excepción, conduciría a desconocer la propia institución del amparo constitucional.

1989

9. LA SENTENCIA DE LOS LAPROS PROCESALES (1989) Y EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES*

Revista de Derecho Público, N° 40, oct.-dic, 1989,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 157-175

Con fecha 4 de octubre de 1989, al declarar con lugar un recurso de casación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dictado una sentencia de enorme significación e importancia, no sólo porque establece una interpretación abiertamente *contra legem* de una norma del Código de Procedimiento Civil, sino porque, al hacerlo, ha trastocado impunemente el ordenamiento constitucional, pues es bien sabido que “contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno” (art. 211 Constitución). La Sala de Casación Civil, en efecto, al dictar su sentencia, ha ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, pero no ha desaplicado norma alguna, sino que ha pretendido dictar o establecer una norma, extinguiendo otra, con lo que ha incurrido en usurpación de funciones.

Por su importancia y repercusiones, dicha sentencia amerita algunos comentarios, particularmente a la luz del sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que existe en nuestro país. En efecto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes, al igual que en Colombia, es un sistema mixto, en el sentido de que combina a la vez, y paralelamente, el método difuso de control de la constitucionalidad con el método concentrado.

Así, conforme al método concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, la Constitución atribuye a la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, el poder de declarar la nulidad de las leyes (art. 215), mediante sentencias que tienen valor *erga omnes* y que anulan la Ley en concreto, es decir, la extinguen del ordenamiento jurídico, y que se dictan en juicios iniciados mediante acción popular.

En cambio, conforme al método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil atribuye a todos los jueces de cualquier jerarquía e, incluso, por supuesto a la propia Corte Suprema, el poder de juzgar y apreciar la inconstitucionalidad de una ley en la resolución de un caso concreto y considerarla inaplicable al mismo por aplicación preferente de la Constitución, por supuesto, con efecto, *inter partes*.

Dicha norma, en efecto, establece que

“Cuando la Ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Ahora bien, ha sido pretendidamente con base en este poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dictado con el Voto Salvado de dos de sus cinco Magistrados, la sentencia de 4 de octubre de 1989, que queremos comentar luego de precisar el alcance y características de este método de control de la constitucionalidad de las leyes en nuestro país.

I. LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El citado artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que regula el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como se ha dicho, confiere a cualquier Juez de cualquier nivel en la jerarquía judicial, el necesario poder para actuar como juez constitucional. En consecuencia, conforme a dicha norma, todos

* Este comentario reproduce parte del contenido del -Prólogo- que hemos escrito para el libro de Humberto Briceño León, *La acción de inconstitucionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989

los jueces, al aplicar la ley en un caso concreto sometido a su consideración, están autorizados a juzgar la constitucionalidad de dicha ley y, en consecuencia, a decidir su inaplicabilidad a dicho caso concreto cuando la consideren inconstitucional, dando aplicación preferente a la Constitución¹.

1. *La lógica del sistema como consecuencia del principio de la supremacía constitucional*

Desde el punto de vista lógico y racional, este poder general de todo Juez de actuar como juez constitucional es la obvia consecuencia del principio de la supremacía constitucional, por lo que, si la Constitución se considera como la Ley Suprema del país, en todo caso de conflicto entre una Ley y la Constitución, ésta debe prevalecer, considerándose por lo demás, como un deber de todo juez, el decidir cuál es la ley aplicable en un caso concreto. Como lo señaló el Juez William Paterson en una de las más viejas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre la materia, en el caso *Vanhorne's Lessee v Dorrance* (1795) hace casi doscientos años:

“...si un acto legislativo se opone a un principio constitucional, el primero debe dejarse de lado y rechazarse por repugnante. Sostengo que es una posición clara y sonora que, en tales casos, es un deber de todo tribunal el adherirse a la Constitución y declarar tal acto nulo y sin valor”².

O como fue definitivamente establecido por el Juez Marshall en el conocido caso *Marbury v. Madison* (1803) decidido por la misma Corte Suprema:

“Aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla... de manera que si una Ley se encuentra en oposición a la Constitución... la Corte debe determinar cuál de las reglas en conflicto debe regir el caso: Esta es la real esencia del deber judicial. Si, en consecuencia, los tribunales deben ver la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución, y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican”³.

En consecuencia, la supremacía constitucional y el poder de todo juez de controlar la constitucionalidad de las leyes son conceptos que están esencialmente unidos en el constitucionalismo moderno. Por ello debe recordarse que en relación a las Constituciones y a las Leyes de los Estados Miembros de la Federación Americana, se estableció expresamente en la Constitución de 1787 la muy conocida “Cláusula de Supremacía” contenida en el artículo VI, Sección 2, el cual dispone:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema Ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario, que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Esta “Cláusula de Supremacía” se recogió en el artículo 227 de la Constitución venezolana de 1811, que estableció en una forma más amplia lo siguiente:

“La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los Tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la Ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella *no tendrán ningún valor*, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción”.

Se destaca, en efecto, que en el artículo 227 de la Constitución venezolana de 1811 se va más allá de lo establecido en el artículo VI, 2 de la Constitución Americana 1787, en el sentido de que no sólo estableció el principio de la supremacía, no sólo respecto de las leyes de las Provisiones sino respecto de todas las leyes, sino su consecuencia; es decir, la nulidad -“no tendrán ningún valor” dice la norma- de toda ley que contraría la Constitución.

Es decir, la Constitución de 1811 estableció la garantía de la supremacía constitucional, con la sanción de la nulidad de toda ley contraria a la Constitución. Ello, incluso, se estableció todavía más expresamente en relación a los derechos fundamentales al establecer el último de los artículos del Capítulo relativo a los derechos de hombre, lo siguiente:

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, pp. 127 y ss.

² *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dallas 304 (1795). Véase el texto S.I. Kutler (ed.), *The Supreme Court and the Constitution. Reading in American Constitutional History*, N.Y., 1984, p. 8.

³ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). Véase el texto en S.I. Kutler (ed.), *op. cit.*, p. 29.

“Art. 199.- Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera del alcance del Poder general ordinario del gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellas que se expida por la legislatura federal o por las provincias *será absolutamente nula y de ningún valor*”.

En todo caso, fue precisamente la “Cláusula de Supremacía” de la Constitución Americana, limitada en su formulación respecto a las Constituciones y Leyes de los Estados Miembros de la Federación, la que en el caso *Marbury v. Madison* (1803) fue extendida a las leyes federales, a través de una interpretación y aplicación lógica y racional del principio de la supremacía de la Constitución, el cual, como se ha visto, en otros países encontró expresión formal en el derecho constitucional positivo. Se destaca, por ejemplo, el contenido del artículo 215 de la Constitución de Colombia, incorporado en las Enmiendas de 1910, el cual establece:

“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”⁴.

En otros países, el principio está en la legislación positiva como es el caso de Venezuela, donde el texto del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil está incorporado al Código desde 1897 (art. 10).

2. La compatibilidad del sistema con todos los sistemas jurídicos

En consecuencia, el sistema difuso de control judicial de la constitucionalidad de las leyes puede decirse que no es un sistema peculiar a los sistemas jurídicos anglosajones o del *common law*, y que pudiera ser incompatible con los sistemas jurídicos de tradición civil o de derecho romano. Al contrario, el sistema de control difuso ha existido desde el siglo pasado en casi todos los países de América Latina, todos pertenecientes a la familia de tradición del derecho romano. Es el caso de México, Argentina y Brasil que siguieron el modelo norteamericano y el de Colombia y Venezuela donde existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad.

También ha existido en Europa, en países con una tradición de derecho civil, como Suiza y Grecia. En Suiza, el sistema difuso fue establecido por primera vez en la Constitución de 1874, aun cuando en forma limitada, lo que se confirma en el sentido de que, si bien el sistema suizo actualmente permite que los tribunales decidan sobre asuntos constitucionales, ello es sólo en cuanto a la inaplicabilidad de actos legislativos de los Cantones, pero no de las leyes federales⁵. En Grecia donde se ha adoptado, también, un sistema difuso de control de constitucionalidad, la Constitución de 1975 atribuye a todos los tribunales competencia para desaplicar una disposición cuyo contenido consideren contrario a la Constitución⁶. Así, el artículo 95 de dicha Constitución establece:

“Los Tribunales están obligados a no aplicar leyes cuyo contenido sea contrario a la Constitución”.

En consecuencia, el método difuso de control judicial de constitucionalidad existe y ha funcionado en sistemas jurídicos tanto con tradición de *common law* como de derecho romano. Por ello, no estamos de acuerdo con Cappelletti y Adams, cuando señalan que existe una incompatibilidad fundamental entre el método difuso de control judicial de la constitucionalidad y los sistemas jurídicos basados en la tradición del derecho romano⁷, ni con lo que el mismo Mauro Cappelletti ha señalado en otra parte, al referirse a la experiencia de Italia y Alemania Federal antes de la creación de sus respectivas Corte y Tribunal Constitucionales, y señalar que esos países “revelaron completamente la desadaptación del método descentralizado (difuso) de control judicial para los países con sistemas jurídicos de derecho civil”⁸.

⁴ Véase J. Ortega Torres (ed.), *Constitución Política de Colombia*, Bogotá 1985, p. 130.

⁵ Véase en H. Fix Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, p. 17, 84; A. Jiménez Blanco, “El Tribunal Federal Suizo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Cortes Generales, 6, Madrid, 1981, p. 477.

⁶ Art. 93. Véase H. Fix Zamudio, *op. cit.*, p. 162; L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité Développements récents en Europe Occidentale*. Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d’Uppsala, 1984 (mimeo), p. 14. Publicado también en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.) *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, París, 1986, pp. 17-68.

⁷ M. Cappelletti and J.C. Adams, “Judicial Review of Legislation: European antecedents and adaptations”, *Harvard Law Review*, 79 (6), 1966, p. 1215.

⁸ M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, p. 59. En sentido similar M. Fromont considera que es -difícil admitir el método difuso de control de constitucionalidad en países con tradición de derecho

En nuestro criterio, los argumentos en favor del método concentrado de control judicial que se han adoptado en Europa Continental no pueden resolverse con base en su supuesta adaptabilidad o no con un sistema jurídico particular, sino en realidad con el sistema constitucional que se adopte en relación a la supremacía de la Constitución. Entonces, si se adopta el principio de la supremacía constitucional, la consecuencia lógica y necesaria es la atribución dada a todos los jueces del poder decidir cuál norma debe ser aplicada cuando existe una contradicción entre una ley particular y la Constitución, estando entonces obligados a dar prioridad a la Constitución, como un verdadero deber, independientemente del sistema jurídico de tradición de *common law* o de derecho romano del país en particular.

Por supuesto, otra cuestión es la relativa a los efectos prácticos que puede tener la adopción del método difuso de control de la constitucionalidad. Así, en ausencia de método alguno de control de la constitucionalidad, en Europa, antes de los años veinte y con el marco tradicional del dogma de la separación de poderes basado en los principios de soberanía del Legislador, de la supremacía de la Ley y de la desconfianza en los tribunales como órganos de control de la acción legislativa, las críticas al método difuso de control de la constitucionalidad formuladas en Europa, son tan antiguas como la existencia del mismo “modelo europeo” de control. Por ejemplo, Hans Kelsen, el creador del modelo austriaco hizo referencia a los problemas que originaba el método difuso de control para justificar “la centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales”, subrayando “la ausencia de unidad en las soluciones” y “la incertidumbre legal” que resultaba cuando “un tribunal se abstenía de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro Tribunal hacía lo contrario”⁹. En sentido similar, Mauro Cappelletti y John Clarke Adams insisten en que el método difuso de control constitucional “puede llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional”¹⁰.

Pero en realidad, estos problemas existen tanto en los sistemas del *common law* como de derecho romano que han adoptado el método difuso, no pudiendo considerarse como esencialmente peculiares a los países con tradición de derecho romano que lo hayan adoptado.

Sin embargo, lo contrario pretenden demostrarlo Cappelletti y Adams basando su argumento en los efectos correctivos respecto de esos problemas, que tiene la doctrina del *stare decisis*, que es peculiar a los sistemas del *common law* y extraña a los sistemas de tradición de derecho romano. Su argumento, básicamente, es el siguiente:

“Conforme a la doctrina angloamericana del *stare decisis*, la decisión del más alto Tribunal en cualquier jurisdicción es obligatoria para todos los tribunales inferiores de la misma jurisdicción, por lo que tan pronto el Tribunal Supremo ha declarado una ley inconstitucional, ningún otro tribunal puede aplicarla. La Corte no necesita que se le confiera un especial poder para declarar una ley inválida, ni debe decidir otros aspectos más allá de la aplicabilidad de la ley cuestionada al caso concreto; el principio *stare decisis* hace el resto, al requerir de los otros tribunales el seguir el precedente en todos los casos sucesivos. Por lo que aun cuando la ley inconstitucional continúe en la Gaceta Oficial, es una “ley muerta”.

Por ello, concluyen estos autores su argumento señalando:

“...*stare decisis*, sin embargo, no es normalmente un principio de los sistemas jurídicos de derecho romano, donde los tribunales generalmente no están obligados por las decisiones de los más altos tribunales”¹¹.

El argumento ha sido luego desarrollado por el mismo Cappelletti, al señalar:

“por cuanto el principio de *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos de derecho civil, un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una ley pueda ser inaplicable por algunos jueces, por inconstitucionalidad y ser considerada aplicable, por otros jueces en sus decisiones. Aún más, el mismo órgano judicial, que puede algún día haber desaplicado una ley, puede luego, al día siguiente, considerarla aplicable, cambiando su criterio acerca de la legitimidad constitucional de la Ley. Además, entre diferentes tipos o grados de tribunales podrían surgir diferencias, por ejemplo, entre un tribunal de la jurisdicción ordinaria y tribunales de la jurisdicción administrativa, o entre jueces jóvenes y más radicales de los

romano. Véase -Preface- en J.C. Beguin, *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République Federale d'Allemagne*, París, 1982, p. V.

⁹ Véase H. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1928, p. 218.

¹⁰ *Loc. cit.*, p. 1215.

¹¹ *Idem*, p. 1215.

tribunales inferiores y jueces mayores de conciencia tradicional de los tribunales superiores... El resultado extremadamente peligroso de ello, puede ser un grave conflicto entre órganos judiciales y una grave incertidumbre respecto de la Ley aplicable”¹².

Sin embargo, insistimos en que esos problemas derivados del principio de la supremacía constitucional existen tanto en países con tradición de sistemas de *common law* como de derecho romano, y si bien es cierto que la doctrina *stare decisis* es una corrección a los problemas anotados, dicha corrección no es absoluta, pues no todos los casos en los cuales los tribunales inferiores decidan cuestiones de constitucionalidad, por ejemplo, en los Estados Unidos, llegan a la Corte Suprema, la cual decide discrecionalmente los casos que conoce¹³.

Por otra parte, y aun cuando la doctrina *stare decisis*, tal como es conocida en los países del *common law*, no se aplica en países con sistemas jurídicos de la tradición del derecho romano, aquellos en los cuales se ha adoptado un método difuso de control de constitucionalidad han adoptado, paralelamente, sus propios correctivos a los problemas planteados, con efectos similares. Por ejemplo, en el sistema de amparo mexicano, la Constitución establece el principio de que la Ley de Amparo debe establecer los casos en los cuales la “jurisprudencia”, es decir, los precedentes judiciales de las Cortes Federales, debe ser obligatoria¹⁴. Por ello, la Ley de Amparo establece los casos en los cuales las decisiones de la Corte Suprema e, incluso, de las Cortes de Circuito, deben considerarse como precedentes obligatorios, lo que sucede sólo cuando se hayan dictado cinco decisiones consecutivas, que no sean interrumpidas por alguna decisión incompatible, con el mismo efecto.

Los efectos de esta “jurisprudencia”, incluso parcialmente, han sido considerados como equivalentes a los que resultan del principio *stare decisis*. Incluso, en el sistema de amparo mexicano, el llamado “amparo contra leyes” ha sido desarrollado también como una acción extraordinaria de inconstitucionalidad de leyes autoaplicativas, que afecten directamente derechos de un individuo, y que pueden ser impugnadas ante las Cortes Federales, permitiéndoles juzgar la inconstitucionalidad de la ley sin relación alguna con un proceso concreto¹⁵.

En sentido similar, en Argentina y Brasil, países que también siguen de cerca el modelo norteamericano en el sentido del poder otorgado a todos los tribunales de decidir no aplicar las leyes basados en consideraciones constitucionales, se ha establecido la institución procesal denominada “recurso extraordinario de inconstitucionalidad” que puede formularse ante la Corte Suprema contra decisiones judiciales adoptadas en última instancia en las cuales se considera una Ley federal como inconstitucional e inaplicable al caso concreto¹⁶. En estos casos, la decisión adoptada por la Corte Suprema tiene efectos *in casa et inter partes* pero siendo dictada por el Tribunal Supremo, tiene de hecho efectos obligatorios respecto de los tribunales inferiores¹⁷.

En igual sentido, otros países con tradición de derecho romano que han adoptado el método difuso de control de constitucionalidad han establecido mecanismos judiciales especiales para superar los problemas que se puedan derivar de decisiones contradictorias en materia constitucional de tribunales diferentes. Es el caso de Grecia, donde la Constitución de 1975, estableció una Corte Suprema Especial con poderes para decidir sobre materias de inconstitucionalidad de las leyes, cuando se adopten decisiones contradictorias, en la materia, por el Consejo de Estado, la Corte de Casación o la Corte de Cuentas. En esos casos, las decisiones de la Corte Suprema Especial tienen efectos absolutos y generales en lo que concierne al control de la constitucionalidad de las leyes¹⁸.

¹² M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 58.

¹³ 28 U.S. Code, Secc. 1254, 1255, 1256, 1257. Véase también Rule N7 17 de la Supreme Court.

¹⁴ Art. 107, Sección XIII, párrafo 1 de la Constitución (Enmienda de 1950-1951).

¹⁵ R.D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, Austin, 1971, pp. 164, 250-251, 256, 259.

¹⁶ H. Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, México, 1968, pp. 26, 36; J. Carpizo y H. Fix Zamudio, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52, 1985, p. 33; también publicado en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements, récents*, París, 1986, pp. 119- 151.

¹⁷ Véase J.R. Vanossi and P.E. Ubertone, *Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina*, UNAM, Congreso Internacional sobre la Constitución y su Defensa, México 1982 (mimeo), p. 32.

¹⁸ Véase E. Spiliotopoulos, “Judicial Review of Legislative Acts in Greece”, *Temple Law Quarterly*, 56, (2), Philadelphia, 1983, pp. 496-500.

Finalmente, en los otros países con tradición de derecho romano donde se ha adoptado el método difuso de control de la constitucionalidad, debe tenerse en cuenta, particularmente en materia de casación, el valor de las decisiones de la Sala de Casación de la Corte Suprema para los Tribunales de instancia¹⁹. En Venezuela, el Código de Procedimiento Civil establece que “los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en los casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia” (art. 321). Por tanto, si en su sentencia, la Sala de Casación ha hecho uso del poder de control difuso de la constitucionalidad, esa doctrina en principio debe ser seguida por los jueces de instancia. Pero en los casos en que los asuntos no lleguen a la Sala de Casación, los sistemas de tradición de derecho romano con método difuso de control de constitucionalidad han establecido correctivos a los problemas originados por la incertidumbre y conflictividad de decisiones judiciales, mediante el establecimiento de un sistema mixto de control de constitucionalidad, que combina el método difuso con el método concentrado. En América Latina es el caso de Guatemala, Colombia y Venezuela. En particular, en estos dos últimos países, paralelamente el método difuso de control de constitucionalidad expresamente previsto en el derecho positivo también existe un método concentrado de control de constitucionalidad, que autoriza a la Corte Suprema de Justicia para anular formalmente las leyes inconstitucionales, con efectos *erga omnes*, cuando es requerida mediante el ejercicio de una *actio popularis* que puede ser interpuesta por cualquier habitante del país. En consecuencia, en estos países, paralelamente al poder atribuido a cualquier tribunal para considerar en un caso concreto una ley como inconstitucional y desaplicarla, la Corte Suprema de Justicia tiene el poder de anular con efectos generales las leyes impugnadas por inconstitucionales²⁰.

En igual sentido, otros países europeos con tradición de derecho romano que han adoptado el método difuso de control de la constitucionalidad también han adoptado paralelamente un método concentrado de control, asignando a la Corte Suprema del país el poder de anular leyes inconstitucionales. Es el caso de Suiza, donde a pesar de que no exista control judicial de constitucionalidad en relación a las leyes federales, la Corte Federal tiene poder para declarar la inconstitucionalidad de leyes cantonales, con efectos *erga omnes*, cuando se requiera su decisión a través del denominado “recurso de derecho público” en casos de violación de derechos fundamentales²¹.

En consecuencia en el mismo sentido en que se ha desarrollado la doctrina *stare decisis* en los países con sistemas jurídicos del *common law*, para resolver los problemas de incertidumbre y posible conflictividad entre las decisiones judiciales adoptadas por los diferentes tribunales en materia de inconstitucionalidad de las leyes que un método difuso puede originar, los países con sistemas jurídicos de tradición de derecho romano que han adoptado el mismo método, también han desarrollado diversos mecanismos legales particulares para prevenir los efectos negativos originados por los mencionados problemas, sea otorgando carácter obligatorio a los precedentes, o sea asignando los poderes necesarios a una Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con carácter general y efectos obligatorios.

Los eventuales problemas originados por la aplicación del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, en consecuencia, son comunes a los países que lo han adoptado, sea que pertenezcan a sistemas jurídicos con tradición de derecho romano o de *common law*, por lo que la adopción del método difuso no puede conducir, en sí mismo, a considerar el método difuso como incompatible con los sistemas jurídicos de derecho romano, por el solo hecho que no exista en ellos la regla del *stare decisis*.

En nuestro criterio, el único aspecto de compatibilidad que en este respecto es absoluto, es que cuando existe el principio de la supremacía de la Constitución, la consecuencia lógica del mismo es el poder de todos los jueces que tienen a su cargo la aplicación de la ley, de decidir sobre la inaplicabilidad de la legislación cuando ésta contradice la Constitución, dando preferencia a la Constitución en sí misma. Este fue el sistema original de control de la constitucionalidad, después del triunfo de la Constitución sobre el Legislador.

Sin embargo, en los países europeos con tradición de sistema jurídico de derecho romano, la tradicional desconfianza en relación al poder judicial ha sido la que ha abierto el camino al establecimiento de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad que, en cierto sentido ha provocado el

¹⁹ J.H., García Laguardia, *La Defensa de la Constitución*, México 1983, p. 52.

²⁰ A.R. Brewer-Carías, *El Control de la Constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977; L.C. Sachica, *El Control de la Constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, 1980.

²¹ E. Zellweger, “El Tribunal Federal Suizo en calidad de Tribunal Constitucional”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* Vol. VII (I), 1966, p. 119; H. Fix Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales*. ...cit., p. 84.

“redescubrimiento” de la supremacía constitucional a través de otros medios judiciales. Pero esto no puede conducir a que se considere el método difuso de control de la constitucionalidad de la legislación como incompatible con los sistemas jurídicos de derecho romano.

3. *La racionalidad del método difuso*

Como hemos señalado la esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional, en el sentido de que, si la Constitución es la Ley Suprema de un país y que, como tal, prevalece sobre las otras leyes, ningún otro acto del Estado que sea contrario a la Constitución puede ser una Ley efectiva, y al contrario debe ser considerado como nulo. En palabras del Juez Marshall, si la Constitución es “la Ley fundamental y suprema de una nación. . . un acto del legislador que repugne a la Constitución es nulo”²². En este sentido, la efectiva garantía de la supremacía de la Constitución es que tales actos que colidan con la Constitución son, en efecto, nulos, y como tales, tienen que ser considerados por los Tribunales, los cuales son, precisamente, los órganos estatales llamados a aplicar las leyes.

A. *La nulidad de los actos estatales inconstitucionales*

En consecuencia, el primer aspecto que muestra la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad es el principio de la nulidad de los actos estatales y particularmente de las leyes que colidan con la Constitución.

Ahora bien, en principio, la nulidad de un acto estatal significa que, si tal acto pretende existir jurídicamente, objetivamente, en realidad, no existe porque es irregular, en el sentido de que no se corresponde con las condiciones establecidas para su emisión por una norma de rango superior. Esto fue lo que Hans Kelsen llamó la “garantía objetiva de la Constitución”²³, lo que significa que un acto estatal nulo no puede producir efectos, y no necesita de ningún otro acto estatal posterior para quitarle su calidad usurpada de acto estatal. Al contrario, si otro acto estatal fuera necesario, entonces la garantía no sería la nulidad del acto, sino su anulabilidad.

En consecuencia, en estricta lógica, la supremacía de la Constitución significa que todo acto estatal que viole la Constitución es nulo, y por tanto teóricamente, cualquier autoridad pública, e incluso, los particulares, estarían autorizados para examinar su irregularidad, declarar su inexistencia y considerar el acto inválido como no obligatorio. Por supuesto, esto podría conducir a la anarquía jurídica, por lo cual normalmente, el derecho positivo establece límites respecto de este poder de examinar la regularidad de los actos estatales, y lo reserva a los órganos judiciales. En consecuencia, cuando un acto estatal viola la Constitución y es nulo, éste sólo puede ser examinado por los jueces y sólo los jueces tienen el poder para considerarlo nulo.

Pero, sin embargo, a pesar de los límites impuestos por el derecho positivo respecto del poder de examinar la nulidad de los actos estatales, esto no significa que la garantía de la Constitución cese de ser la nulidad de los actos estatales y quede convertida en anulabilidad. Al contrario, la nulidad del acto inconstitucional persiste, pero con la limitación derivada de la reserva legal atribuida a los jueces para declarar, con exclusividad, su nulidad.

Así, hasta ese momento, el acto irregular debe ser considerado como siendo efectivo y obligatorio por cualquier autoridad pública, y particularmente, por las autoridades administrativas y por los particulares; pero una vez que el juez declara su inconstitucionalidad en relación a un caso concreto, entonces el acto deviene nulo y sin valor en relación a dicho proceso.

En conclusión, en el método difuso de control de la constitucionalidad, el deber de todos los jueces es el de examinar la constitucionalidad de las leyes, y declarar, cuando ello sea necesario, que una ley particular no debe ser aplicada a un proceso específico que el juez esté conociendo, en razón de que es inconstitucional, y, por tanto, debe considerarse nula y sin valor.

B. *El poder de todos los jueces*

Lo anterior nos conduce al segundo aspecto de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad, el cual es que el poder para declarar la inconstitucionalidad de la legislación es atribuido a todos los jueces de un país determinado.

²² *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch), 137 (1803). Véase el texto en S.I. Kutler (ed.) *op. cit.*, p. 29.

²³ H. Kelsen, *loc. cit.*, p. 214.

En efecto, si la Constitución es la Ley suprema del país, y el principio de la supremacía es aceptado, entonces la Constitución se debe aplicar con preferencia sobre cualquier otra ley que sea inconsistente con la misma, sea que ello esté expresamente establecido en el texto expreso de la Constitución, o sea una consecuencia implícita de su supremacía. Consecuentemente, las leyes que violen la Constitución o en cualquier forma colidan con sus normas, principios y valores, son, como hemos dicho, nulas y sin valor, y no pueden ser aplicadas por los Tribunales, los cuales tienen que aplicar preferentemente la Constitución.

Todos los Tribunales deben en consecuencia decidir los casos concretos que están considerando, como lo decía el Juez Marshall, “conforme a la Constitución desaplicando la ley inconstitucional” siendo esto “la verdadera esencia del deber judicial”²⁴. En consecuencia, en el método difuso de control de la constitucionalidad, este rol corresponde a todos los jueces y no sólo a una Corte o Tribunal en particular, y no debe ser sólo visto como un poder atribuido a los Tribunales, sino como un deber de los mismos²⁵, para decidir conforme a las reglas constitucionales, desaplicando las leyes contrarias a sus normas.

C. *El carácter incidental del método difuso*

Este deber de todos los tribunales de dar preferencia a la Constitución y, en consecuencia, a desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales y por tanto nulas y sin valor, nos lleva al tercer aspecto de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual es que este deber judicial sólo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir en un proceso concreto del cual el juez esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo.

En consecuencia, en este caso, siempre debe iniciarse un proceso ante un Tribunal en cualquier materia, por lo que el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es un sistema incidental de control, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, debe plantearse en un caso o proceso concreto, cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el Juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el objeto principal del proceso y dé la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, sino más bien, la decisión de un caso concreto de carácter civil, penal, administrativo, mercantil o laboral, etc. La cuestión de constitucionalidad, en consecuencia, sólo es un aspecto incidental del proceso que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.

D. *La iniciativa del poder de los jueces*

Ahora bien, si se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar, para su decisión, la ley que consideren inconstitucional debe señalarse que el cuarto aspecto de la racionalidad del método difuso consiste en permitir a los jueces el considerar *de oficio* las cuestiones de constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya planteado. De hecho, ésta es la consecuencia directa de la garantía de la Constitución que cuando se establece como “garantía objetiva”, lo que implica la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, y además produce, como consecuencia, la reserva dada a los jueces para considerar la nulidad y la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto.

Dentro de este marco, estimamos que cuestión de la inconstitucionalidad de la ley en relación a los procesos particulares no debe quedar a la sola instancia de las partes en el proceso, por lo que aun cuando las partes no planteen ante el Juez la cuestión de inconstitucionalidad, éste tiene el deber de considerarla, y decidir, de oficio, sobre la inconstitucionalidad de la ley. Debe advertirse, sin embargo, que aun cuando este aspecto de la racionalidad del método difuso de control de la constitucionalidad es seguido en muchos países como Venezuela y Grecia²⁶, debemos admitir que, en general, las normas procesales de la

²⁴ *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch), 137 (1803).

²⁵ Confróntese B.O. Nwabueze, *Judicial control of legislative action and its legitimacy. Recent development*. African regional report. International Association of Legal Sciences. Uppsala Colloquium 1984 (mimeo), pp. 2-3. También publicado en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Paris, 1986, pp. 193-222.

²⁶ E. Spiliotopoulos, “Judicial review of legislative acts in Greece”, *loc. cit.*, p. 479.

mayoría de los países prohíbe a los Tribunales considerar de oficio, al decidir un caso concreto, cualquier cuestión, incluso las cuestiones de inconstitucionalidad²⁷.

En todo caso, el signo común de este aspecto de la racionalidad del método difuso es que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser incidental en un proceso particular el cual, por supuesto, en todo caso debe ser iniciado a instancia de parte.

E. *El efecto inter partes de la decisión judicial*

El quinto aspecto de la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad se refiere a los efectos de la decisión que adopten los Tribunales en relación a la constitucionalidad o aplicabilidad de la ley en un caso concreto; y este aspecto de los efectos de la decisión judicial se relaciona con dos preguntas, primero, ¿a quién afecta la decisión? y segundo, ¿cuándo comienza a surtir efectos?

En relación al primer interrogante, la racionalidad del método difuso es que la decisión adoptada por el Juez sólo tiene efectos en relación a las partes en el proceso concreto en el cual aquélla se adopta. En otras palabras, en el método difuso de control de constitucionalidad, la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir en relación al caso concreto y exclusivamente en relación a las partes que han participado en el proceso, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carácter incidental del método difuso de control de constitucionalidad.

En efecto, si la decisión judicial sobre la constitucionalidad y aplicabilidad de una ley sólo puede ser adoptada en un proceso particular desarrollado entre partes concretas, la lógica del sistema es que la decisión sólo se puede aplicar a este proceso en particular, y a las partes del mismo, y, en consecuencia, no puede ni beneficiar ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos.

En consecuencia, si una ley es considerada inconstitucional en una decisión judicial, esto no significa que dicha ley ha sido invalidada y que no sea efectiva y aplicable en otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular, y a las partes que en él intervinieron en el cual el Juez decidió la inaplicabilidad de la Ley, es que ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto en relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Sin embargo, para evitar la incertidumbre del orden legal y las contradicciones en relación a la aplicabilidad de las leyes, se han establecido correcciones a estos efectos *inter partes*, a través de la doctrina *stare decisis* o mediante regulaciones de derecho positivo cuando las decisiones se adoptan por la Corte Suprema de un país.

F. *Los efectos declarativos de las decisiones judiciales*

Ahora bien, los efectos *inter partes* de la decisión judicial adoptada conforme al método de control difuso de constitucionalidad, están directamente relacionados con otras cuestiones concernientes también a los efectos de la decisión, pero en el tiempo, es decir, respecto de cuándo comienza a ser efectiva la declaración de inconstitucionalidad y, por supuesto, también en relación a la nulidad como garantía de la Constitución.

En efecto, hemos señalado que el principal aspecto de la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad es el de la supremacía de la Constitución sobre todos los demás actos estatales, lo que lleva a considerar que las leyes contrarias a la Constitución son nulas y sin valor, siendo ésta la garantía más importante de la Constitución. En consecuencia, cuando un Juez decide sobre la constitucionalidad de una ley, y la declara inconstitucional e inaplicable a un caso concreto, es porque la considera nula y sin valor, tal cual como si nunca hubiera existido. Por ello, la decisión tiene efectos declarativos: declara que una ley es inconstitucional y consecuentemente que ha sido inconstitucional desde que se dictó. Así, la ley cuya inaplicabilidad se decida por ser contraria a la Constitución, debe ser considerada por el Juez como si nunca hubiera tenido validez y como si siempre hubiese sido nula y sin valor. Por ello es que se dice que la decisión del Juez en virtud de ser de carácter declarativo tiene efectos *ex tunc*, *pro pretaerito* o de carácter retroactivo, en el sentido de que dichos efectos se retrotraen al momento en que la norma considerada

²⁷ Por ejemplo, B.O. Nwabueze ha dicho que -El hecho de que este deber sólo puede ser ejercido a instancia de parte agraviada por una violación de la Constitución, refuerza la legitimidad de la función. Esto significa que aun en presencia de una violación flagrante de la Constitución por el Legislador, la Corte no puede intervenir, por su propia iniciativa. Debe esperar a que alguien la inste, *loc. cit.*, p. 3. Véase la discusión respecto del sistema argentino en J.R. Vanossi y P.E. Ubertone, *op. cit.*, p. 24, en G. Bidart Campos, *El Derecho Constitucional del Poder*, tomo II, cap. XXIX; y en J.R. Vanossi, *Teoría Constitucional*, tomo II Buenos Aires, 1976, pp. 318 y 319.

inconstitucional fue dictada, evitando que pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el Juez y en relación a las partes que intervinieron en el proceso. El acto legislativo declarado inconstitucional por un Juez conforme al método difuso de control de constitucionalidad, por tanto, es considerado, *ab initio*, como nulo y sin valor, por lo que no es anulado por el Juez, sino que éste sólo declara su nulidad preexistente.

4. *Conclusión*

En conclusión, podemos señalar en el campo de los principios, que la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad funciona de la siguiente manera:

La Constitución tiene un carácter supremo sobre todo el orden jurídico, por lo que los actos contrarios a la Constitución no pueden tener efectos y son considerados nulos y sin valor.

Todos los jueces tienen el poder y el deber de aplicar la Constitución, y, en consecuencia, a dar preferencia a la Constitución sobre las leyes que la violen, y a declararlas inconstitucionales e inaplicables en los casos concretos de los cuales conocen.

El poder-deber de los jueces de considerar una ley inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, sólo puede ser ejercido en un proceso particular, iniciado a instancia de parte, donde la cuestión constitucional sólo es una cuestión incidental, y cuando su consideración es necesaria para resolver el caso.

La decisión judicial relativa a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad en un proceso concreto puede ser adoptada de oficio por el Juez, pues es su deber el aplicar y respetar la supremacía de la Constitución.

La decisión adoptada por los jueces sobre inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la Ley sólo tiene efectos *inter partes* en relación al caso concreto en el cual se adopta, y tiene efectos declarativos en el sentido que declara *ab initio* la nulidad de la Ley. Por ello, al declarar una ley inconstitucional e inaplicable, de hecho, la decisión tiene efectos *ex tunc* y *pro preterito* en el sentido que ellos son retroactivos al momento en que se promulgó la Ley, la cual es considerada como no habiendo producido efecto alguno en relación al caso concreto y a las partes que en él intervinieron.

Por supuesto, esta lógica del método difuso de control de constitucionalidad no siempre es absoluta, y cada sistema legal ha desarrollado correctivos en relación a la posible desviación que cada uno de los aspectos de la racionalidad del sistema produce, en relación a la nulidad o anulabilidad del acto inconstitucional; al poder atribuido a todos los jueces o a un número limitado de tribunales para revisar la constitucionalidad; al carácter incidental del sistema; a la iniciativa de los jueces o a la necesidad de instancia de parte para plantear la cuestión constitucional; a los efectos *inter partes* o *erga omnes* de la decisión y a su carácter declarativo o constitutivo.

II. LA SENTENCIA DE LOS LAPROS PROCESALES

Ahora bien, ha sido precisamente, en ejercicio de este poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que la Sala de Casación Civil, en sentencia de 4 de octubre de 1989, ha decidido no sólo la inaplicabilidad del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, que establece la forma de computar los lapsos y términos procesales, por considerarlo que colide con el artículo 68 de la Constitución, sino que ha pretendido sustituir la norma que contiene, por una nueva, excediéndose, sin duda, en cuanto a sus poderes de control. A la luz de los principios antes anotados, en consecuencia, a continuación, analizaremos la sentencia mencionada.

1. *Situación procesal precedente*

La sentencia de la Sala de Casación Civil de 4 de octubre de 1989 fue dictada al decidirse un recurso de casación y declarárselo con lugar, contra la sentencia de un Tribunal Superior que declaró sin lugar un recurso de hecho. La situación procesal que antecedió a dicha decisión, en resumen, fue la siguiente:

1. El Sr. Ramón Martínez Zuloaga inició un procedimiento de ejecución de hipoteca contra la Sra. Yolanda Tepedino de Ciliberto, por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

2. El Juzgado referido, en el curso del procedimiento, declaró inadmisile la oposición a la ejecución de la hipoteca mediante sentencia del 14 de abril de 1987.

3. Contra dicha sentencia, la ejecutada interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por extemporáneo. La situación en materia de lapsos fue la siguiente: la sentencia se dictó el martes 14-4-87; el miércoles 15 fue miércoles santo; el jueves 16, fue jueves santo; el viernes 17, fue viernes santo; el sábado 18, fue sábado de gloria, y el domingo 19 fue domingo de resurrección, cubriendo esos días calendarios

consecutivos los cinco días para apelar que establece el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, y que el Tribunal consideró computable en dicho lapso, conforme lo establece el artículo 197 del mismo Código, razón por la cual la apelación sólo podía interponerse el día lunes 20 de abril de 1987. Al no haberse hecho en esa oportunidad el juez de la causa negó la apelación interpuesta con posterioridad, por extemporánea, por auto de 21 de abril de 1987.

4. Contra el auto de 21 de abril de 1987, la ejecutada interpuso recurso de hecho y el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, por auto de 5 de mayo de 1987, declaró sin lugar dicho recurso de hecho, con aclaratoria de fecha 7 de mayo de 1987.

5. Contra dicho auto de 5 de mayo de 1987 del Juzgado Superior, y su aclaratoria de 7 de mayo de 1987, la ejecutada anunció recurso de casación, cuya decisión es la sentencia de 4 de octubre de 1989 que comentamos, y que declaró con lugar el recurso interpuesto contra el auto y su aclaratoria recurridos, y ordenó al Tribunal competente decidir nuevamente con arreglo a la doctrina establecida.

2. Alegatos de la recurrente

Consideró la ejecutada que el criterio del Juez que dictó el auto recurrido, de considerar que el lapso de apelación establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil debía computarse por días calendarios consecutivos, estando comprendidos en los mismos, en el caso concreto, los días de semana santa, la colocó en indefensión “debido a una interpretación demasiado literal de los artículos 197 y 298 del Código de Procedimiento Civil”. Agregó la ejecutada que el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte dice que los cinco días consagrados para apelar son días calendarios, por lo que a su juicio “no puede el intérprete o el sentenciador dar esa interpretación”, pues aunque la norma del artículo 197 CPC “no excluye el lapso para apelar quizás por un desliz legislativo”, tampoco está excluido a la luz del artículo 297 CPC, correspondiendo a la Sala, mitigar “la drástica injusticia de tan inequitativa norma”. Agrega la recurrente que el lapso de 5 días para apelar “tienen que ser días efectivos para poder apelar, días de despacho”, pues de lo contrario la norma del artículo 197 sería inconstitucional “porque consagraría la indefensión de las partes en los procesos”.

3. Argumentos de la Corte Suprema

Partió la Corte de la afirmación de que las reglas legales para computar lapsos y términos procesales no deben estar sujetas a dudas, ni a interpretaciones ni a ambigüedades por estar envuelta la garantía de derecho a la defensa, lo que -agregamos- no pasa de ser, por supuesto, un consejo al legislador para su labor normativa. Apreció la Corte que, en esa materia, sin embargo, “históricamente no ha sido del todo afortunado el legislador patrio”, para lo cual pasó revista en la sentencia al régimen previsto en el Código de 1916, y a los criterios de aplicación que se desarrollaron en el foro, destacando la “prudente práctica forense” de identificar los “días hábiles” con los “días de audiencia”, y de dar “secretaría” sólo cuando había “día de audiencia”, con lo cual se lograba “evitar malos entendimientos, sorpresas, dudas y estados de indefensión”. Analizó la Corte, además, los diversos proyectos del Código de Procedimiento Civil que regulaban la materia, “sin dejar lugar a dudas”, entre ellos, el de 1975, que establecía que “los términos o plazos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, *excluyendo solamente aquellos en que no se oiga ni despache en el Tribunal*” (art. 197) (subrayado de la Corte), identificándose entonces los días consecutivos con aquellos “en que el Tribunal tenga dispuesto despachar, quedando excluidos, en consecuencia, aquellos que resulten feriados y de las vacaciones judiciales”.

Constató la Sala de Casación, sin embargo, que en el texto definitivo del artículo 197, el Legislador, guiado “por el principio de la celeridad procesal, de alta, pero no exclusiva consideración”, estableció terminantemente que

“los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, excepto los lapsos de pruebas en los cuales no se computarán los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”.

Es decir, conforme a esa norma, se estableció que todos los lapsos o términos procesales se cuentan por días calendarios consecutivos, *excepto los lapsos de pruebas* en los cuales no se computan los días en que no haya despacho. Es decir, conforme a “la interpretación estrictamente liberal” de esta norma, es evidente que, a los efectos de los términos o lapsos procesales, todos los días del año son computables, siempre que no se trate de los lapsos de pruebas en los cuales sólo son computables los días de despacho.

Ahora bien, esta “interpretación literal” -y en nuestro criterio no puede haber otra respecto a tan clara y terminante norma-, a juicio de la Sala de Casación “está en contradicción con el principio de la legalidad de los lapsos procesales” establecido en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que por cuanto los lapsos y términos procesales son los expresamente establecidos por la Ley, si se aplica el principio del artículo 197 siempre resultará un lapso menor, pues siempre habrá días en que no se dé despacho (sábado o domingo, al menos). Esta abreviación de lapsos, en la práctica, a juicio de la Sala de Casación, podría incluso hacer “desaparecer íntegramente” el lapso o término mismo, con un “real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de las partes”. De allí concluyó la Sala con su apreciación de que “tal interpretación literal” sólo implicaría celeridad procesal sin menoscabo de los derechos de las partes, cuando se trate de lapsos o términos de mayor duración, aun cuando incluso en esos casos, en supuestos de catástrofes, huelgas o casos semejantes cuando el órgano jurisdiccional deje de despachar por períodos prolongados, podría existir indefensión.

Advirtió la Sala que la “interpretación meramente literal” del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil ha sido sin embargo “atemperada” por la práctica forense, al extenderse analógicamente la disposición del artículo 200 CPC a los supuestos de abreviación de lapsos que implica el artículo 197 CPC en el sentido de prorrogar en un día más el lapso de que se trate, cuando concluya en día en que no haya despacho, considerando la Sala que tal “aplicación analógica extensiva no resulta conforme a la Ley”.

De su análisis hermenéutico de la norma general del artículo 197 del CPC, y tomando en cuenta la absoluta prohibición de actuación de los tribunales fuera de los días y horas hábiles de despacho, concluyó la Sala de Casación en su sentencia que, a su juicio, dicha norma

“...debe interpretarse en el sentido de que por regla general y salvo casos excepcionales más abajo enumerados, los términos y lapsos a los cuales se refiere dicho artículo, deben computarse efectivamente por días consecutivos en los cuales el Tribunal acuerda dar despacho, no siendo computable a esos fines aquellos en los cuales el juez decide no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes santos, ni los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, ni los declarados no laborables por otras leyes”.

Para la Sala de Casación, tal interpretación armoniza con el principio de la legalidad de los lapsos procesales. Además, señaló la Sala que desaparecida del Código la distinción entre días de audiencia y días hábiles, y sustituida por la noción de día de despacho,

“no hay necesidad de distinguir los días de despacho solamente para pruebas, porque para toda otra actuación procesal que debe realizarse en día de despacho siempre deberán estar presentes el juez y el secretario, y lo natural es que estos días sean los computables para las actuaciones de las partes y las que competan propiamente al Tribunal”.

En definitiva, la Sala llegó a una interpretación de la norma radicalmente distinta a la interpretación literal, pretendiendo normar no sólo lo que no está normado, sino en una forma distinta a como está, aduciendo además el argumento de que en nuestro país “las mismas razones valederas para el cómputo de los lapsos de pruebas por días de despacho, lo son para la interposición de todos los recursos, así como la solicitud de revocatoria y la de la aclaratoria de la sentencia”. De allí que la propia Sala confiese que

“La previsión legislativa óptima habría sido el contenido literal del artículo 197, pero con ampliación de cada uno, lapsos y términos de poca duración, para evitar su abreviación o su desaparición, que es lo que corrige esta interpretación jurisdiccional”.

En definitiva, la Sala de Casación Civil, al dictar su sentencia estableciendo una interpretación del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil apartándose del método exegético gramatical exigido en el artículo 4 del Código Civil, y a pesar de encontrarse con una Ley clara y precisa, ha ido contra la letra de la Ley, al darle a la norma una interpretación distinta a la que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador, estimando que el texto del artículo colide con el derecho a la defensa previsto en el artículo 68 de la Constitución.

En definitiva, la sentencia de la Sala de Casación Civil estimó que con la adopción de la regla general para el cómputo de las diligencias judiciales por días consecutivos establecida en el artículo 197 del CPC, el Legislador colidió el derecho al defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución por lo que

“de conformidad con el artículo 20 del propio Código de Procedimiento Civil, este Alto Tribunal *se aparta de la interpretación meramente literal* del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, y a tal efecto respecto del cómputo para los lapsos y términos del proceso civil en Venezuela, *establece las siguientes normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de esta sentencia.*

A continuación, “estableció” la Sala la “norma” de que “solamente son computables por días calendarios consecutivos”, los lapsos o términos “de mayor duración” en los que se impone el principio de la celeridad procesal, y que se consideran “supuestos excepcionales”, siendo éstos los previstos en los artículos 199, 231, 251, 267, 317, 318, 319, 335, 374, 386, 515, 521, 614, 756 y 757. Además, estableció que son computables por días calendarios consecutivos los lapsos que se cumplen ante la propia Sala con motivo del recurso de casación, como la propia Sala lo estableció. Agrega además la sentencia que “en todos estos casos de los lapsos por días consecutivos” es aplicable la regla del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, la Sala de Casación, en el caso concreto sometido a su consideración, estimó que el Juez del auto recurrido había interpretado el artículo 197 “en su forma más literal”, forma que a juicio de la Sala no se compaginaba con los principios establecidos en la sentencia, conforme a la cual la “regla general”, en el cómputo de los términos y lapsos procesales, conforme al artículo 197 del CPC, es por días consecutivos en los cuales el Tribunal haya acordado oír y despachar, de manera que el cómputo del lapso de apelación establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil debe efectuarse “por días calendarios consecutivos en los cuales se haya acordado oír y despachar y no por días consecutivos”. Por ello la Sala de Casación concluyó su fallo declarando procedentes las denuncias de infracción de los artículos 289 y 197 del CPC y declarando con lugar el recurso de casación interpuesto.

III. APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA Y LOS VOTOS SALVADOS

Ahora bien, el recurso de casación en el caso concreto se interpuso conforme a lo establecido en el ordinal 29 del artículo 313 y ordinal 39 del artículo 317 del CPC denunciándose infracción de los artículos 289 y 197 del CPC. El ordinal 39 del artículo 317 señala que el recurso de casación debe declararse con lugar, “cuando se haya incurrido en un *error de interpretación* acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la Ley”, en este caso, los artículos 289 y 197 del CPC. El artículo 298 establece el lapso de cinco días para apelar, y el artículo 197 determina que el cómputo de dicho lapso es por días calendarios consecutivos. Esta disposición expresa fue la que aplicaron los Tribunales de instancia, sin que hubiese habido interpretación alguna, mucho menos “error de interpretación” acerca del contenido o alcance de las normas. Como lo afirman los Magistrados que salvaron el voto en la decisión.

“de tan cristalina redacción (del art. 197) la única interpretación posible es la literal, esto es, que los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos, salvo la excepción del lapso probatorio en el mismo establecido”.

Por tanto, el recurso de casación debió haber sido declarado sin lugar, ya que no hubo infracción de ley, sino simple y elemental aplicación de la misma.

En realidad, la absolutamente errada interpretación del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil es la que ha hecho la Sala de Casación, al punto “de cambiar radicalmente el dispositivo legal” como lo afirmaron los Magistrados disidentes, violentando “el principio de interpretación lógico e histórico de la aparición de la norma”. Así se expresaron:

“Con el fundamento de mantener a salvo el derecho constitucional a la defensa, inviolable en todo estado y grado del proceso, la Sala deroga la norma legislativa, sustituyéndola por una nueva, violentándose así los principios de hermenéutica jurídica, pues desde el punto de vista histórico, es un regreso al pasado, a la confusión y anarquía que ya se creían superadas en esta materia”.

Agregar los Magistrados disidentes, que la Sala

“en una clara usurpación de funciones, bajo el pretexto de una nueva interpretación, está cambiando total y absolutamente el contenido, el sentido y el propósito de la Ley. La está sustituyendo por una norma nueva en su contenido literal y jurídico, lo cual no está dentro de las funciones de esta Sala”.

Pero la Sala de Casación no se contestó con sentar una interpretación errada del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, sino que ha pretendido hacerlo con carácter general, estableciendo “normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de esta sentencia”, en sustitución de una norma legal que virtualmente “deroga”, lo cual es absolutamente inconstitucional, pues esa función estatal corresponde al Legislador. No puede la Corte Suprema de Justicia, en ninguna de sus Salas, actuar como Legislador creando normas de validez general. A lo sumo, en Corte Plena podría actuar como “Legislador negativo” como el propio Kelsen lo concibió hace sesenta años, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, pero ello está reservado a la competencia de la Corte en Pleno conforme al artículo 215 de la Constitución. Podría incluso admitirse que la Corte Suprema, en Pleno, como juez constitucional, al declarar sin lugar un recurso de inconstitucionalidad, pudiera fijar la interpretación de una norma acorde

con la Constitución, para sostener su constitucionalidad. Por ello, la Sala de Casación incurrió en una extralimitación de atribuciones usurpando esta vez, competencias de la Corte Plena, al haber pretendido, en la práctica, “anular” con carácter general una norma y en sustitución, establecer otras normas de aplicación general o, como lo afirmaron los Magistrados disidentes, sustituir un dispositivo legal “por uno nuevo”.

Por ello, con razón, los Magistrados disidentes señalaron que la Sala, en la sentencia, en realidad derogó el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil,

“atribuyéndose funciones legislativas que sólo le están conferidas en Venezuela, en lo que respecta a leyes nacionales, al soberano Congreso Nacional.

La Sala de Casación, además, ejerció esta función legislativa que no tiene atribuida constitucionalmente, supuestamente para salvaguardar el derecho a la defensa. Pero en realidad, el artículo 197 del CPC, como lo observaron los Magistrados disidentes, “no vulnera el derecho ciudadano a la defensa” el cual sólo estaría lesionado “cuando se priva a las partes del uso de los medios que les proporciona la Ley para hacer valer sus derechos”. Por ello, es evidente que la interpretación literal del artículo 197,

“no colide con el artículo 68 de la Constitución, sino por el contrario, organiza el ejercicio de ese derecho constitucional para hacerlo efectivo, rápido y seguro en el proceso”.

Sin embargo, fue precisamente con base en considerar que el artículo 197 del CPC colidía con el artículo 68 de la Constitución, que la Sala de Casación invocó el artículo 20 del CPC que consagra el control difuso de la constitucionalidad, para afirmar que se “apartaba” de la interpretación meramente literal del artículo 197 y proceder a establecer normas de aplicación general a todos los procesos a partir de la fecha de la publicación de la sentencia.

Por supuesto, no es posible ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes para establecer interpretaciones distintas a las literales de una norma, y crear normas nuevas de aplicación general sustituyendo las que están en la letra de la ley. Hacerlo, como lo ha hecho la Sala de Casación Civil, no es más que desconocer de la manera más absoluta el sentido de los métodos de control de la constitucionalidad en el país.

Pero aun en forma equivocada, si la sentencia pretendía, como lo afirmó la Sala, “apartarse de la interpretación meramente literal” y “establecer normas aplicables a los procesos a partir de la fecha de la publicación de la sentencia”, es evidente que ello sólo podía hacerlo sin violar la garantía constitucional establecida en el artículo 44 de la Constitución, es decir, no podía la Sala crear la norma con efectos retroactivos. Sin embargo, y a pesar de establecer las normas de aplicación general a los procesos “a partir de la fecha de la publicación de la sentencia”, en forma totalmente contradictoria y retroactiva, la Sala casó un auto de un Tribunal de la República que había aplicado el artículo 197 del CPC en su forma literal, dictado dos años antes, al declarar con lugar el recurso de casación. Si la nueva interpretación y norma creada sólo se debía aplicar a los procesos a partir de la fecha de publicación de la sentencia, es evidente que no podía servir para casar un auto judicial dictado dos años antes.

En todo caso, y para el supuesto de que la Sala de Casación Civil, al decidir el caso concreto sometido a su consideración, en virtud de que el lapso de apelación discutido transcurrió en los días de Semana Santa, considerase que en ese caso se violaba el derecho a la defensa del recurrente en ese supuesto, con base en artículo 20 del CPC que prevé el método difuso de control de la constitucionalidad, sólo podía, y nada más, *desaplicar la norma del artículo 197 del CPC al caso concreto aplicando preferentemente el artículo 68 de la Constitución, garantizándole al recurrente su derecho de apelar.*

Pero definitivamente, lo que no podía la Sala de Casación, al amparo del ejercicio del método difuso de control de la constitucionalidad, es *derogar* una norma y *dictar* otra en su sustitución, pretendiendo que ésta debe aplicarse *con carácter general* a todos los procesos. La Sala, sin duda, aplicó erradamente el artículo 20 del CPC desconociendo los principios del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que no le permitían “establecer” normas de aplicación general distintas a las del derecho escrito; ni dar a su sentencia efectos derogatorios respecto de normas de derecho escrito, y menos en forma retroactiva.

Como puede apreciarse del análisis que hemos hecho de esta última decisión de la Sala de Casación Civil en materia de control de constitucionalidad, es evidente que el tema del control de la constitucionalidad de las leyes no sólo continúa siendo uno de los más importantes para el adecuado funcionamiento del Estado sometido a una Constitución, sino que todavía es un tema no totalmente dominado por los propios jueces llamados a ejercer el control. De lo contrario, una sentencia como la comentada, no se habría dictado.

París, diciembre 1989

10. CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (A PROPÓSITO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ORDENAN EL DESALOJO DE VIVIENDAS)

Revista de Derecho Público, N° 41, enero-marzo 1990,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 163-176

INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia de 9 de noviembre de 1989 (caso Arnaldo Lovera) y bajo la ponencia de Luis Henrique Fariás Mata¹, ha querido resolver definitivamente una constante interpretación, tanto administrativa como judicial, en torno a la ejecución de los actos administrativos emanados de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento en materia de desalojo de viviendas, y que había conducido a que tradicionalmente, el administrado (propietario o arrendador) beneficiario de un acto administrativo de orden de desalojo, tenía que buscar la ejecución del mismo ante la autoridad judicial, cuando el arrendatario o inquilino del inmueble se negaba a desocuparlo en el plazo acordado. Al resolver la cuestión con motivo de conocer de un planteamiento de falta de jurisdicción formulado por el Tribunal de Inquilinato respecto de la Administración Pública, la Corte Suprema ha puntualizado conceptos sobre la ejecución de los actos administrativos que deben destacarse, y sobre los cuales la doctrina nacional ya se había ocupado en varias ocasiones. Curioso es observar, sin embargo, el lamentable empeño de la Corte, cuando hace referencias doctrinales en sus sentencias, en ignorar la doctrina nacional y citar sólo a reputables autores europeos. Aun cuando poco relativamente, algo se ha escrito en el país, quedándole muy mal a la Corte hacer como si lo ignora.

La Corte, para apartarse de la mencionada interpretación tradicional, comenzó por puntualizar las normas del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Vivienda, aun vigente, de 1946, en el cual se establecen no sólo las causales de desalojo, sino las autoridades que en cada caso deben intervenir para lograr el desalojo. Establece en efecto, el Decreto Legislativo, un *procedimiento judicial* para el desalojo por insolvencia, cuando el arrendatario haya dejado de pagar el canon de arrendamiento después de haber transcurrido 15 días consecutivos a contar de la fecha del vencimiento; previendo en cambio en *procedimiento administrativo* para el desalojo en los casos de necesidad del propietario o sus familiares de ocupar el inmueble; cuando se trate de demolición, reconstrucción total o reparación que exija el desalojo o de utilización necesaria del inmueble por causa de interés público; cuando se destine el inmueble por el inquilino a usos deshonestos; o cuando el inquilino le ocasione al inmueble deterioros mayores que los provenientes del uso normal. En estos casos, el procedimiento administrativo debe cumplirse ante la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, organismo al cual corresponde autorizar o negar la desocupación solicitada. Nada indica el Decreto Legislativo en relación a quién corresponde ejecutar estas decisiones, y lo que se había interpretado en la práctica administrativa y forense era que una vez decidido el asunto por la Dirección de Inquilinato, en los últimos supuestos, cuando los arrendatarios o inquilinos se negaban a cumplir la decisión administrativa autorizatoria del desalojo en el lapso prescrito, la ejecución de la misma no la efectuaba dicho órgano administrativo sino que debía acudir a la vía judicial, en cuyo caso se distinguían - como lo destaca la Corte- dos supuestos: en primer lugar, si la decisión de la Dirección de Inquilinato quedaba firme en vía administrativa, su ejecución estaba a cargo de la jurisdicción judicial ordinaria, mediante el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Civil para los juicios breves, y en segundo lugar, si la decisión de la Dirección de Inquilinato había sido recurrida oportunamente ante el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato o ante los otros tribunales contencioso-administrativos

¹ Véase el texto de la sentencia en *Revista de Derecho Público*, No. 40, octubre-diciembre de 1989, pp. 76 y ss.

competentes, la ejecución de la decisión final, resuelto el asunto, correspondía a los mencionados tribunales que hubieren conocido del asunto. Como lo señaló la Corte:

“Así planteado el asunto, el acto administrativo autorizatorio de desalojo basado en una causal diferente de la insolvencia, constituiría un simple requisito de admisibilidad de la acción que posteriormente ha de ser ejercida acudiendo a la vía judicial. Se argumenta, en efecto, que la autorización administrativa para obtener la desocupación del inmueble sólo permitiría al interesado su acceso al órgano judicial para hacer valer sus derechos; a diferencia de la sentencia judicial que acuerde el desalojo, la cual ordena el cumplimiento de una obligación de hacer, ejecutable por el propio juez de la causa”.

Como lo destacó adecuadamente la Corte, “la interpretación precedentemente expuesta descansa, sin la menor duda, en la concepción de que los derechos que derivan de las decisiones administrativas autorizatorias del desalojo sólo pueden hacerse efectivas en virtud de una decisión judicial complementaria”, lo cual no estaba así expresamente establecido en norma alguna.

La Corte, después de hacer una serie de consideraciones sobre el tema de la ejecución de los actos administrativos, en el caso sometido a su consideración resolvió que la ejecución de los actos administrativos emanados de la Dirección de Inquilinato que acordasen a un arrendador la desocupación de una vivienda por un arrendatario no debía corresponder a autoridad judicial alguna, sino que correspondía a la propia Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento. La Corte, en efecto, resolvió que:

“Por estar dotado de ejecutoriedad, el acto administrativo adoptado en los términos expuestos no requiere de homologación alguna por parte del juez: la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad, y con los mismos efectos, para el caso, de una sentencia judicial. Además, téngase presente que, en tanto que la ley especial de la materia no exige la intervención de los tribunales para proceder a su ejecución cuando a ésta se opusieren los afectados, no precisa en cambio el órgano administrativo de habilitación alguna para llevarla a cabo por sí mismo, pues, como se ha dejado expuesto, le basta -por regla- con disponer de los ya reseñados medios que, para lograr tal propósito, establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el caso que nos ocupa, al dirigirse el beneficiario de la aludida Resolución N° 3530 del 2 de diciembre de 1986 al Poder Judicial para solicitar su ejecución, está poniendo de manifiesto que el acto no fue ejecutado por el inquilino -así lo destaca el mencionado Juez Noveno de Parroquia en su auto de 21 de mayo de 1987, folio 15 del presente expediente-, a pesar de que dicha decisión estaba dotada de la correspondiente ejecutividad, por lo que la Administración podía, y puede, poner en práctica los medios coercitivos de que dispone para tal efecto, si el particular así lo solicitare”.

“Es, en efecto, un órgano de la Administración Pública -la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, en el caso- el competente para proceder a la ejecución forzosa de su propia decisión y, por tanto, el juez carece de jurisdicción para acordarla a través de un proceso judicial, como lo ha sido solicitado por el interesado Arnaldo Lovera. En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, así lo declara expresamente este Supremo Tribunal en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”.

En virtud de la importancia de la decisión, al corregir la antes mencionada y generalizada interpretación, en virtud de que las decisiones de la Corte Suprema no tienen fuerza de *stare decisis*, la propia Corte hizo la siguiente sana exhortación:

“Finalmente, considera la Sala su deber el hacer un llamado a los jueces que conozcan de este tipo de asuntos, para que -en aras de la uniformidad de criterios y aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no tenga carácter vinculante para ellos- tomen en cuenta la decisión de este Alto Tribunal sobre la materia objeto del presente procedimiento”.

I. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE SU EJECUCIÓN

La consecuencia más importante de la eficacia de los actos administrativos, tal como lo ha establecido nuestra jurisprudencia desde hace más de treinta años, es que los mismos adquieren una presunción de legitimidad, veracidad y legalidad. Esto significa que los actos administrativos válidos y eficaces son de obligatorio cumplimiento tanto para la propia Administración como para los particulares, lo que implica que sus efectos se cumplen de inmediato, no suspendiéndose por el hecho de que contra los mismos se intenten recursos administrativos o jurisdiccionales de nulidad. Por supuesto, debe siempre advertirse que esta presunción de legitimidad no surge cuando los actos administrativos están viciados de nulidad absoluta, en cuyo caso no podrían ser ejecutados, tal como, por ejemplo, lo señala expresamente la Ley General de Administración Pública de Costa Rica (artículo 169). Además, recuérdese que, en esos casos, si la nulidad

absoluta deriva de la violación de derechos y garantías constitucionales, como lo indica el artículo 46 de la Constitución, quedaría comprometida la responsabilidad de los funcionarios que pretenden ejecutarlos.

En todo caso, la presunción de legalidad y legitimidad implica, por una parte, que los actos administrativos son obligatorios desde el momento en que surten efectos; y, por la otra, que los recursos que se ejerzan contra los mismos no tienen efectos suspensivos. Además, tratándose de una presunción *juris tantum*, implica que la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción corresponde en principio, al recurrente interesado.

En la legislación española y latinoamericana sobre procedimientos administrativos, estos principios se han recogido en texto expreso y una muestra de ello es el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina que establece:

“El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propias medidas, a menos que la Ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario”.

Ahora bien, en materia de ejecución de los actos administrativos, debe distinguirse, como lo ha hecho la sentencia de la Corte que comentamos, entre el carácter ejecutivo de los mismos, la “ejecutividad”, y la posibilidad misma de su ejecución por la propia Administración, denominada la “ejecutoriedad”², distinción que no existe en el derecho francés, donde sólo se habla del carácter *exécutoire* de las decisiones administrativas.

En el mundo del derecho hispanoamericano, en cambio, la ejecutividad de los actos administrativos significa que éstos tienen “carácter ejecutivo”, es decir, que al ser obligatorios son por sí mismos ejecutables y que pueden ser ejecutados de inmediato, sin que para ello el derecho tenga que ser declarado por autoridad judicial alguna. La “ejecutoriedad”, en cambio, es la propiedad de los actos administrativos conforme a la cual la Administración misma, por sus propios medios, puede ejecutarlos incluso forzosamente. Ambas características las establece el Código Contencioso-Administrativo de Colombia al referirse en su artículo 64 al “carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos”.

Esta es la dirección que adopta la sentencia comentada basándose, además, en el principio del derecho francés de la *décision exécutoire*, en tanto que *privilegio* de la Administración. En efecto, la Corte, en su sentencia argumentó lo siguiente:

“1. Dispone la Administración, de poderes conforme a los cuales puede modificar unilateralmente las situaciones jurídicas de los administrados sin necesidad de acudir al juez; en estos casos no emite aquélla simples pretensiones, sino que adopta verdaderas decisiones. Es, sin duda, un privilegio del que carecen los particulares, quienes -por indiscutibles que sean sus derechos- no pueden imponerlos por sí mismos, sino a través de los órganos judiciales”.

“En efecto, en la relación jurídica de carácter privado, aunque ésta se encuentre revestida de eficacia, si el sujeto pasivo se niega a cumplir las obligaciones que en virtud de dicha relación le incumben, el sujeto activo deberá intentar a través de un proceso de cognición ante un órgano del Poder Judicial la declaratoria de la existencia de tal derecho. Y si, pese a ello, el obligado se resiste a observar la conducta debida para obtener la realización material del derecho judicialmente reconocido y declarado, el acreedor habrá de acudir aun al proceso de ejecución”.

“Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros: el acto administrativo, al dictarse, se presume legítimo y. amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse, entonces, que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es «definitivo», es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la acetrina (Zanobini, Sayagués, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de «ejecutividad»”.

“Pero además la Administración, tal como se ha dejado expuesto, tiene -cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones-, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -Aspectos de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *solve et repete*- en *Revista del Ministerio de Justicia* N° 53, año XIV, Caracas, abril-diciembre 1965, pp. 67 a 86, reproducido en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. 1, Caracas, 1976, pp. 97 y ss.

administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto; atributo al que -distinguiéndolo del género «ejecutividad»- se ha dado la denominación específica de «ejecutoriedad». En el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se reconoce esta posibilidad, atribuida a la Administración, de materializar ella misma, e inmediatamente, sus actuaciones: «Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente».”

“Este principio adicional, al que suele darse la denominación de «ejecutoriedad» -para distinguirlo del género «ejecutividad»- de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *iuris tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares”.

II. LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De lo anterior resulta, por tanto, que, salvo norma expresa en contrario, los actos que queden firmes al concluir un procedimiento administrativo tienen carácter ejecutivo, es decir, son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda de inmediato ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento³.

De acuerdo a este principio de la ejecutividad, por tanto, cuando la Administración dicta un acto administrativo, declara por sí misma el derecho mediante esos actos unilaterales, que crean directamente derechos y obligaciones y tienen en sí mismos fuerza de títulos ejecutivos. La ejecutividad de los actos administrativos, en definitiva, significa que éstos, al dictarse, son ejecutables porque tienen carácter ejecutivo. Esta característica es la que se ha denominado muy ambiguamente en el derecho francés al hablarse del acto administrativo como *décision exécutoire*, en el sentido de que “conlleva en sí misma una modificación de situaciones jurídicas”⁴. Tal como lo ha resumido P. Delvolvé, “El carácter *exécutoire* de la decisión tiene un doble aspecto: la decisión es *exécutoire* a la vez en el sentido de que ella ordena la ejecución obligando a sus destinatarios a acatarla y, además, en el sentido de que ella implica su ejecución, al conllevar ella misma, desde que se adopta, el resultado que ella ordena”⁵.

En este sentido de la expresión *décision exécutoire*, noción referida al carácter ejecutivo de la decisión administrativa y sin hacer en este estadio referencia alguna a los medios y formas de ejecución, es el que se ha precisado en la jurisprudencia francesa más reciente⁶, conforme a la cual ella se refiere al carácter obligatorio del acto administrativo, para subrayar que es característica de la decisión administrativa el imponerse inmediatamente a los administrados, sea cual sea su contenido. Es lo que se ha denominado también tradicionalmente *le privilège du préalable* que permite a la autoridad administrativa adoptar medidas que se imponen con carácter previo a toda intervención de un juez: los están obligados a someterse a ellas inmediatamente, y para evitar su aplicación, es que tienen que acudir, en una segunda fase, a un tribunal⁷.

Esta es la fórmula que recoge el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos al prescribir que

“Los actos administrativos que requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán de inmediato”.

Precisamente, es esta posibilidad de ejecución de inmediato de los actos administrativos, en el sentido de que para ser ejecutados se bastan a sí mismos y no requieren de la intervención de ninguna otra autoridad, la que configura esta primera característica de la “ejecutividad” de los actos administrativos, que la legislación española resume al indicar que los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán “inmediatamente ejecutivos”⁸.

³ Art. 64, Código Contencioso-Administrativo de Colombia.

⁴ Véase P. Delvolvé, *L'acte administratif*, París 1984, pp. 23-25 y 209.

⁵ *Idem*. p. 25.

⁶ En el sentido de lo establecido por el Consejo de Estado en el *arrêt Huglo* de 2 de julio de 1982, al considerar que -el carácter *exécutoire* de una decisión administrativa es la regla fundamental del derecho público-, *Rec.* p. 258, *cit.* por P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 27.

⁷ P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 28.

⁸ Arts. 44 y 101 Ley de Procedimientos Administrativos y Art. 33 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, España.

Como señalamos, esta ejecutividad de los actos administrativos, consecuencia directa de su presunción de legitimidad, implica como principio, que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra los mismos se intenten los recursos contencioso-administrativos.

Como lo destaca la Corte Suprema en su sentencia, al señalar las consecuencias prácticas de las prerrogativas de ejecución:

“La interposición de recursos contra los actos administrativos no suspende la ejecución de los mismos, así éstos no hayan alcanzado todavía firmeza. De ahí que su derogatoria por vía de suspensión de los efectos del acto venga legalmente establecida únicamente en circunstancias excepcionales. El particular puede, ciertamente, impugnar su validez ante el juez, pero el recurso, de ordinario, no tiene efectos suspensivos, e, independientemente de su eventual anulación posterior, la decisión es ejecutable al estar amparada por una presunción de «cosa decidida» -terminología del eminente administrativista George Vedel- en un todo semejante a la de «cosa juzgada judicial»“.

En vía contencioso-administrativa, sin embargo, conforme a la tradición de la jurisprudencia francesa, relativa al denominado *sursis à exécution*⁹, el juez puede suspender la ejecución de los actos administrativos recurridos, cuando su ejecución pueda causar un gravamen grave o irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, en caso de anularse el acto impugnado¹⁰.

Debe señalarse, sin embargo, que, en materia de interposición de recursos administrativos, la situación legislativa en España y América Latina no es totalmente uniforme. El principio puede decirse que también es el de los efectos no suspensivos de los recursos, salvo disposición legal en contrario¹¹, pudiendo en todo caso, la autoridad administrativa, como lo establece el artículo 87 de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de oficio o a instancia de parte, suspender la ejecución del acto administrativo cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando se fundamente el recurso en vicios de nulidad absoluta¹². Sin embargo, en otras legislaciones, como el Código Contencioso-Administrativo de Colombia, se establece en forma general el principio contrario, en el sentido de que “los recursos se concederán en el efecto suspensivo” (Art. 55).

En todo caso, y aún en presencia del principio general, mediante previsión de ley expresa la interposición de un recurso puede significar la suspensión de efectos de los actos administrativos¹³, en cuyo caso, como lo postula la Ley argentina de Procedimientos Administrativos, la Administración debe abstenerse

“de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél o que, habiéndose resuelto, no hubiese sido notificado” (Art. 9,b).

En materia inquilinaria, ni el Decreto Legislativo de Desalojo de Vivienda, ni la Ley de Regulación de Alquileres resuelven expresamente el efecto suspensivo de los recursos. Sin embargo, dada la naturaleza del conflicto de intereses en juego en la decisión, que resuelve un conflicto entre particulares -arrendador y arrendatario- acordando o no el desalojo, parece lógico el que se sostenga el carácter suspensivo de los recursos que se intenten contra las decisiones que acuerden el desalojo.

El acto administrativo que acuerda el desalojo de un inmueble, en todo caso, es un acto administrativo ejecutivo y obligatorio, cuando esté firme, es decir, al devenir inimpugnable por vía de recurso.

⁹ CE 12 nov. 1938, arrêt Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions, Rec 840. Véase en Long, *Weil et Braibant, Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, París 1984.

¹⁰ Véase, por ejemplo, en el derecho español, el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que dispone: -1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. 2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil-. En sentido similar, Art. 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

¹¹ Art. 34, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, España; Art. 87, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Venezuela; Art. 148, Ley General de Administración Pública, Costa Rica.

¹² Cfr. Art. 116, Ley de Procedimientos Administrativos, España; Art. 12, Ley de Procedimientos Administrativos, Argentina; Art. 148, Ley General de la Administración Pública, Costa Rica.

¹³ Es el principio general en Venezuela, por ejemplo, en materia tributaria. Véase el Código Orgánico Tributario, Art. 178.

III. LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ahora bien, la “ejecutividad” de los actos administrativos derivada del carácter ejecutivo de los mismos, se distingue en el derecho español y latinoamericano, de la “ejecutoriedad” de los actos, refiriéndose esta segunda característica a la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar, por sus propios medios, e incluso en forma forzosa, sus actos administrativos, con facultad de ser necesario, de recurrir a la fuerza pública.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en este sentido establece el principio al prescribir que

“La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aun contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar”. (Art. 146,1).

Sin embargo, es evidente que en muchos casos la legislación establece expresamente supuestos en los cuales la ejecución del acto administrativo requiere de intervención judicial. Al contrario, si la ejecución judicial no está expresamente prevista, el principio es el de la posibilidad para la Administración de ejecutar sus propias decisiones, salvo que la naturaleza de dichas decisiones exija el recurso a la autoridad judicial, tal y como sucede, en general, con los actos administrativos dictados en ejercicio de la función jurisdiccional. La Corte no tomó en cuenta este mismo aspecto, y sentó su doctrina con base, sólo en la primera premisa en virtud de que así está prescrito en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, al establecer que

“la ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”. (Art. 79).

La Corte, en su sentencia, al referirse a esta característica de la ejecutoriedad, la destaca como una consecuencia práctica de los privilegios de ejecución, expresando lo siguiente:

“Además, es consecuente también con lo anteriormente señalado, la facultad que se le reconoce a la Administración de ejecutar por sí misma, materialmente, los derechos que de tales actos deriven -aun enfrentándose a la resistencia del obligado-, sin necesidad, para lograrlo, de acudir a la intervención de los tribunales.

Esta posibilidad de ejecución material o forzosa por la Administración de sus propias decisiones encuentra su justificación, como se ha dicho, en la propia naturaleza de la actuación administrativa, y le es expresamente reconocida por el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...”.

El privilegio de ejecución de oficio en España y en América Latina, entonces, no es tan excepcional como resulta en Francia de la doctrina establecida en las conclusiones del Comisario de Gobierno Romieu al *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 2 de diciembre de 1902, *Société Immobilière de Saint-Just* (Rec. 713)¹⁴, pues, en general, han sido las propias leyes de Procedimiento Administrativo, las que lo han previsto.

Por supuesto, debe advertirse que, en todo caso, las legislaciones exigen que para que la Administración inicie actuaciones materiales que menoscaben, limiten o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, previamente debe haberse adoptado la decisión que les sirva de fundamento ¹⁵. De allí que se obligue a los órganos administrativos que ordenen actos de ejecución material el comunicar por escrito al interesado, el acto administrativo que autorice la actuación administrativa ¹⁶. De ello deriva el principio de que toda actuación material que no esté precedida de un acto administrativo válido y eficaz, puede considerarse como una vía de hecho ¹⁷.

Este aspecto también es destacado por la Corte Suprema en la sentencia que comentamos, al expresar:

¹⁴ Véase Long, Weil et Braibant, *op. cit.*, pp. 47 y ss.; véase G. Isaac, quien afirma en general que, en el derecho francés, -L'exécution des actes administratifs, comme des lois, est affaire de justice et non affaire administrative, dès qu'elle n'est pas volontaire, dès qu'elle devient contentieuse-, *La procédure administrative non contentieuse*, París 1976, p. 171.

¹⁵ Art. 100,1, Ley de Procedimientos Administrativos, España; Art. 78, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Venezuela.

¹⁶ Art. 100,2, Ley de Procedimientos Administrativos, España.

¹⁷ Sobre la vía de hecho, véase el *arrêt* del Tribunal de Conflictos del 8-4-1935, *Action Française*, Rec. 1226, en Long, Weil et Braibant, *op. cit.*, pp. 230 y ss. Véase Art. 9, Ley de Procedimientos Administrativos, Argentina.

“Y es también en atención a semejante privilegio, que la misma Ley exige como requisito para la ejecución forzosa (consecuencia lógica del principio de ejecutoriedad) la existencia de un acto previo. So pena de hacerse reo la Administración de las gravísimas consecuencias que comportaría una actuación irregularmente realizada al no existir otra, necesariamente previa, que la justifique («vía de hecho»)”.

IV. LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN Y LA EJECUCIÓN FORZOSA

Ahora bien, la ejecución de los actos administrativos por la propia Administración, consecuencia de su ejecutoriedad, sólo puede realizarse a través de los medios que a tal efecto establezca la Ley. Para ello, algunas leyes hispanoamericanas establecen diversos supuestos de ejecución forzosa de los actos administrativos exigiéndose que, en forma previa, se conmine o intime al interesado a la ejecución voluntaria, es decir, que haya una actuación previa en la cual se ponga en mora al interesado¹⁸. Estos supuestos de ejecución forzosa son los siguientes:

En primer lugar, ejecución por constreñimiento sobre el patrimonio mediante multas. En este sentido, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, si se trata de actos de ejecución personalísima y el obligado se resiste a cumplirlo, la Administración le puede imponer multas sucesivas por los montos legalmente prescritos. Mientras permanezca en rebeldía y, en caso de que persista en el incumplimiento, se le pueden imponer nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable para que cumpla lo ordenado (Art. 80,2)¹⁹. Es, en definitiva, el sistema de ejecución de los actos administrativos apoyado por sanciones, establecido en el derecho francés²⁰.

Debe destacarse, por otra parte, que en otras legislaciones como la española, la Ley de Procedimientos Administrativos prevé expresamente el principio de la ejecución forzosa de los actos administrativos que impongan a los administrados una obligación personalísima de no hacer o soportar, mediante compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y siempre con la garantía del debido respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos y garantías constitucionales (Art. 108,1). En cambio, si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y exacción se puede proceder en vía administrativa (Art. 108,2)²¹.

En segundo lugar, cuando se trate de actos que por no ser personalísimos son susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (Art. 80,1), la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (Art. 149,1,c), y el Código Contencioso-Administrativo de Colombia (Art. 65), autorizan a la Administración a proceder a la ejecución, bien por sus propios órganos o por la persona que designe, a costa del obligado. Es la denominada “ejecución subsidiaria” en la Ley de Procedimientos Administrativos de España (Art. 106).

En tercer lugar, deben destacarse los supuestos de ejecución de obligaciones de dar cantidades de dinero, respecto de los cuales la Ley Española de Procedimientos Administrativos (Art. 105) y la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (Art. 149,1,a) prevén la ejecución forzosa en vía administrativa mediante apremio sobre el patrimonio, exigiéndose, sin embargo, la necesaria intervención de un juez para autorizar la entrada en el domicilio de los deudores²² y excluyéndose expresamente la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de la Administración²³.

En todo caso, la ejecución de los actos administrativos por la Administración en el ordenamiento venezolano no puede realizarse en cualquier momento. Debe señalarse que fuera los supuestos de suspensión de efectos por decisión administrativa o jurisdiccional, o de cumplimiento de una condición resolutoria, algunas legislaciones prevén expresamente supuestos de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos por el transcurso de un lapso de cinco años contados a partir del momento en que adquieren firmeza, cuando en ese período la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

¹⁸ Art. 102, Ley de Procedimientos Administrativos, España; Art. 150,1, Ley General de Administración Pública, Costa Rica.

¹⁹ En sentido similar, Art. 65, Código Contencioso-Administrativo, Colombia, y Art. 107, Ley de Procedimientos Administrativos, España.

²⁰ Véase P. Delvolvé, *op. cit.*, pp. 261 y ss.

²¹ En sentido similar, Art. 149,1,c, Ley General de la Administración Pública, Costa Rica.

²² Véase Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid 1977, p. 622.

²³ Art. 103, Ley de Procedimiento Administrativo, España.

Así lo establece el Código Contencioso- Administrativo de Colombia (Art. 66) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, la cual califica la institución como “prescripción” (Art. 70). En el sistema francés, en cambio, el principio es que la decisión se aplica sin límite de duración²⁴.

En todo caso, en la sentencia que comentamos, la Corte adoptó el criterio de que las decisiones de la Dirección de Inquilinato, en materia de desalojo de viviendas una vez firmes, pueden y deben ser ejecutadas por la propia Administración, careciendo los tribunales de jurisdicción para ello; tesis que en nuestro criterio no se compagina con la naturaleza de dichos actos administrativos.

V. LOS VOTOS SALVADOS DE LOS MAGISTRADOS ROMÁN J. DUQUE CORREDOR Y PEDRO ALID ZOPPI, Y LA NECESARIA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE AUTORIZAN DESALOJOS DE VIVIENDAS

La sentencia que comentamos fue dictada por la Sala Político-Administrativa, con el voto salvado de dos de sus cinco Magistrados, de los Magistrados Román J. Duque Corredor y Pedro Alid Zoppi, quienes fundamentan su posición discrepante en la consideración de que el acto administrativo que acuerda el desalojo de un inmueble, no es un acto administrativo ejecutorio, es decir, susceptible de ser ejecutado por la propia Administración y mediante sus propios medios, sino que es solamente un acto autorizatorio de desalojo que se establece como requisito de admisibilidad de la respectiva demanda judicial que posteriormente debe intentarse.

El Magistrado Duque, luego de analizar las características de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, para lo cual -omitiendo también lo expresado en la doctrina nacional- cita sólo una reputada doctrina latinoamericana, concluye señalando, con razón, que “existen actos que a pesar de ser ejecutivos (obligatorios) no son ejecutorios, porque no requieren ser cumplidos”, por lo que la ejecutoriedad no es una característica de todos los actos administrativos. Precisamente, dentro de esta categoría de actos administrativos no ejecutorios, el Magistrado Duque ubica las decisiones del Director de Inquilinato que deciden una petición de desalojo, las que considera como actos que no son constitutivos, “porque no crea el derecho a desalojar, sino que remueven el obstáculo que existía para ejercerlo”. Agrega en su voto salvado el Magistrado Duque:

“Este es un derecho general que nace del contrato de arrendamiento y no del acto autorizatorio (artículos 1594, 1606 y 1608 del Código Civil) y un derecho particular que reconoce la Ley a los dueños de casas y demás edificios y que no crea la Administración (artículo 1615 *eiusdem*). Sólo que por razones económicas y sociales el Legislador sujetó su ejercicio a la previa autorización de la Administración en los casos de arrendamientos indefinidos (artículo 1º, letras “b” a “e” del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas). Por esta razón, el organismo administrativo competente al resolver una solicitud de autorización de desalojo se limita a dar una “autorización” para que el arrendador pueda válidamente obtener la desocupación del inmueble; derecho éste que la normativa de inquilinato supone preexistente (letra “b”, *in fine*: “(Omissis), pero se exigirá la autorización previa de la Comisión Nacional de Abastecimiento o la Delegación respectiva”. Letra “c”: “Cuando se trate de demolición, reconstrucción total, de reparación que exija el desalojo o de utilización necesaria del inmueble por causa de interés público. Tales circunstancias serán demostradas ante la Comisión Nacional de Abastecimiento o la delegación respectiva, la que, a su juicio concederá la autorización...”. Artículo 2º *eiusdem*: “Cuando fuere autorizada la petición de desocupación de un inmueble...”). Trátase, por tanto, la autorización de desalojo de un acto declarativo que faculta al arrendador para que proceda al desalojo, a que tiene derecho de acuerdo a los artículos 1594, 1606, 1608 y 1615 del Código Civil. En otras palabras, lo capacita para su ejercicio, pero no lo crea o instituye. La doctrina nacional apuntala el carácter habilitante de la autorización de desalojo, en el sentido de que ésta no nace el derecho a desalojar, sino la posibilidad de su ejercicio, es decir, “una actividad autorizada”, “sin negar la existencia de tales derechos” (Vid. Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª Ed. pp. 154 y 155). Esta autorización es, pues, un acto administrativo, pero no ejecutorio, porque no requiere ser cumplido por actos de ejecución”.

4. La obligación del inquilino de desalojar, desde otro punto de vista, no nace del acto autorizatorio, sino del contrato de arrendamiento y del Código Civil. Este acto lo que hace es remover la limitación legal impuesta al derecho de los propietarios para pedir la devolución del bien arrendado, cuando el inquilino no lo quiera hacer voluntariamente. Removida tal restricción de su derecho de propiedad, el propietario puede lograr coactivamente el cumplimiento de tal obligación contractual. Pero lo importante es que la obligación de desocupar no la crea el acto autorizatorio. Esta preexiste en el contrato, o en todo caso, en la Ley”.

²⁴ Véase J. Rivero, *Droit Administratif*, París 1989, p. 130.

En igual sentido, el Magistrado Zoppi expuso en su voto salvado, lo siguiente:

“Estamos en presencia de un contrato civil de arrendamiento, y si es a tiempo indeterminado, el arrendador tiene una acción especial -una variante de ejecución o cumplimiento de contrato- conocida como *desalojo* o *desocupación*, según el artículo 1615 del Código Civil, esto es, los contratos de arrendamiento a tiempo indeterminado pueden deshacerse libremente por cualquiera de las partes, y si la pretensión es del arrendador, se llama desalojo o desocupación, lo que es, sin duda, una acción judicial.

Luego, al ente administrativo *no se le pide la desocupación o el desalojo* (típica acción judicial), sino simplemente *que lo autorice* porque así lo exige una Ley especial (el Decreto Legislativo).

En este sentido, el artículo 2°, del propio Decreto, es esclarecedor; el ente administrativo se limita a autorizar la petición de desocupación, esto es, no desocupa, sino que autoriza a ello; naturaleza de la intervención que ratifica el artículo 57 del Reglamento cuando dice: “En caso de ser autorizado el desalojo...”.

Por tanto, no es una decisión administrativa de *desalojo* o *desocupación*, sino un permiso, una autorización previa para que el arrendador pueda -salvo falta de pago- ejercer la acción judicial que contempla el artículo 1615 del Código Civil. Es un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, pero el ente administrativo no es el que ejecuta o hace cumplir su “autorización”. Por eso, si bien el artículo 1° dice que “Sólo podrá solicitar y acordarse válidamente la desocupación de casa... b) Cuando a juicio de la Comisión...”, el artículo 2° indica el sentido y alcance de la petición: obtener una simple autorización a fin de poder accionar judicialmente”.

Ahora bien, en relación a estos votos salvados, ante todo debemos señalar que, si bien compartimos su sentido general discrepante de la sentencia de la Sala, no compartimos el criterio general que parecería deducirse de los mismos, en cuanto al carácter no ejecutorio que, en general, tendrían los actos administrativos de autorización.

Ciertamente, el acto administrativo de autorización presupone la existencia de un derecho el cual no es creado por el acto, sino que preexiste, siendo la autorización un acto de remoción de un obstáculo que el ordenamiento jurídico ha creado para el ejercicio de aquel derecho. El acto de autorización, en esta forma, habilita el ejercicio del derecho. Sobre ello no hay duda. Pero esta habilitación, en sí misma, puede tener fuerza ejecutoria, en el sentido de que puede ejecutarse por el órgano que emite el acto. Nada, en principio, lo impide, por lo que no consideramos válido el argumento general, de que los actos autorizatorios no tendrían la característica de la ejecutividad.

Otro asunto distinto es la consideración en particular, del acto administrativo que autoriza el desalojo de una vivienda a petición del arrendador en contra del arrendatario. Este acto de autorización es un acto administrativo dictado por un órgano de la Administración Pública *en ejercicio de la función jurisdiccional* y que, por tanto, en definitiva, resuelve un conflicto entre partes. Mediante el acto administrativo que acuerda el desalojo, en realidad no se establece una relación jurídica entre Administración autora del acto y un particular -arrendador o arrendatario- sino que lo que hace el órgano administrativo es resolver o decidir sobre un conflicto propio de una relación jurídica entre dos sujetos de derecho -arrendador y arrendatario. Así, cuando se resuelve el desalojo en vía administrativa, la Dirección de Inquilinato decide: 1) si hay o no necesidad de parte del propietario o sus familiares de ocupar el inmueble, necesidad que generalmente será cuestionada por el arrendatario. 2) si la demolición, reconstrucción total o reparación que se argumenta como justificativo para el desalojo solicitado, lo justifica o no, lo que cuestionará el arrendatario; 3) si se trata o no de una utilización necesaria del inmueble por causa de utilidad pública que justifique el desalojo, necesidad y uso que serán cuestionados por el arrendatario; 4) si se ha destinado o no el inmueble por el arrendatario a usos deshonestos, lo discutirá éste, no sólo respecto del destino sino del calificativo de honesto o deshonesto de los eventuales usos; y, por último, 5) si se han ocasionado al inmueble deterioros mayores que los provenientes del uso normal, lo que será también cuestionado por el arrendatario tanto en el calificativo de “mayores” como en el carácter “normal” de los usos.

Tratándose de un acto administrativo que resuelve un conflicto entre partes, en cuyo origen está un contrato de arrendamiento o una relación jurídico-privada entre propietario y ocupante o inquilino, puede sostenerse que, en principio, la ejecución del acto que implica la imposición de una obligación de hacer a cargo de un administrado inquilino -desalojar el inmueble, mudarse del mismo- en beneficio de otro administrado propietario o arrendador, no puede quedar a cargo de la propia Administración, pues la misma carece de jurisdicción para imponer a la fuerza, a un administrado, obligaciones de hacer en beneficio -no del solo interés público- sino de otro particular -interés privado-. Aquí es que está el *quid* del asunto, y que nos lleva a considerar -coincidiendo con la tesis de los votos salvados- que, en estos casos, la ejecución del acto administrativo que acuerda el desalojo de una vivienda no pueda realizarse por la propia Dirección de Inquilinato, sino por el órgano judicial competente.

Es cierto que en ausencia de una disposición expresa que exige la intervención judicial, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece el principio de la ejecutoriedad, incluso estableciendo las vías de ejecución forzosa en el artículo 80. Sin embargo, la ley no puede interpretarse aisladamente y a ciegas, pues aun cuando no lo diga expresamente, también hay que acudir a la vía judicial cuando la naturaleza de la decisión exige dicha intervención judicial. Así, tratándose de una decisión administrativa que supuestamente impondría a un particular, en beneficio de otro particular, el cumplimiento de una obligación personalísima de hacer -mudarse, desalojar-, el solo mecanismo de ejecución que tendría la Administración sería la imposición sucesiva de sanciones (Art. 80,2), lo que por sí mismo no garantizaría la ejecución del acto -el desalojo-, como en cambio si lo puede garantizar la autoridad judicial mediante la imposición de medidas constreñidoras sobre las cosas y personas, como es el secuestro judicial. Esto lo destaca, en cierta forma, el Magistrado Duque Corredor en su voto salvado al señalar que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

“... no contempló dentro del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos, previsto en el artículo 80 *eiusdem*, ninguna competencia para que la Administración lleve a cabo medidas ejecutivas de apremio sobre bienes privados, para hacer cumplir obligaciones de hacer en favor de otros particulares. Debe observarse que si bien el artículo 79, ya citado, expresa que la ejecución forzosa de sus actos la puede cumplir la Administración sin acudir a la autoridad judicial, debe entenderse, por la integración de esta norma con la contenida en el artículo 78 *eiusdem*, que ello es posible cuando se trate de actos ejecutorios. Y, por otro lado, a pesar de que el referido artículo 79 dispensa a la Administración de acudir a la autoridad judicial para ejecutar sus decisiones, es igualmente verdad, que limita tal ejecutoriedad a que se lleve a cabo a través de las formas taxativas indicadas en el artículo 80 *eiusdem*, en donde no figuran medidas ejecutivas de apremio sobre bienes de los particulares”.

La tesis de los votos salvados, por tanto, debe analizarse detenidamente. Coincidimos con ellas no en cuanto a los principios que parecen fundamentarlos -la supuesta no ejecutoriedad de los actos administrativos autorizatorios-, sino en su aplicación a los *actos administrativos dictados en ejercicio de funciones jurisdiccionales*, en cuyo caso, por tratarse por vía de excepción, de solución de conflictos entre partes, la naturaleza del asunto no excluye que la vía natural para la resolución de los mismos deba ser la vía judicial, cuya normativa, además, es la que garantiza no sólo adecuada ejecución -por las medidas judiciales como la de secuestro- sino los principios del debido proceso entre las partes. Por ello es que precisamente, el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina exige la intervención judicial para la ejecución de los actos administrativos, no sólo cuando lo establezca la Ley, sino cuando lo exija la “naturaleza” del acto. En definitiva, nos inclinamos por la interpretación tradicional que la sentencia trata de cambiar, en el sentido de que debe corresponder a la jurisdicción de los tribunales, la ejecución de las decisiones de la Dirección de Inquilinato que acuerden desalojos de viviendas y que más que decisiones tomadas en el solo interés público, envuelven un conflicto de intereses entre particulares (arrendador vs. arrendatario).

Por otra parte, debe señalarse que la tesis de la sentencia, si bien basada en principios doctrinales que nada agregan a lo expuesto antes por la doctrina nacional y por la propia jurisprudencia de la Corte, aplicada al caso concreto y establecer la falta de jurisdicción de los tribunales para ejecutar los actos administrativos que autoricen desalojos de vivienda, una vez acordados por la Dirección de Inquilinato, podrían colocar en una situación desventajosa tanto a los administrados beneficiarios de los actos administrativos de desalojo (propietario o arrendador), en virtud de que la Administración no puede constreñir -salvo mediante multas- al cumplimiento de obligaciones de hacer (eliminándose entonces el medio efectivo del secuestro judicial para la ejecución de desalojos) por parte de otros particulares; como a los administrados que deban soportar las decisiones sobre desalojo (arrendatario), los cuales podrían ver lesionados sus derechos a un debido proceso llevado por jueces autónomos e independientes, que garanticen la igualdad entre las partes y el derecho a la defensa.

París, marzo 1990.

11. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 10-7-1990)*

Revista de Derecho Público, N° 44, oct.-dic, 1990,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 225-229

La Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, con el voto favorable de ocho Magistrados y siete votos salvados, en sentencia del 10 de julio de 1990, declaró sin lugar la acción popular de inconstitucionalidad que el Dr. José Guillermo Andueza intentó contra el Parágrafo Primero del artículo Único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, y otras decisiones de la Comisión del Acuerdo (*Gaceta Oficial*) No 1.620 de 1-11-73), que establece lo siguiente:

“Las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifiquen la legislación venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley, del Congreso de la República”.

El recurrente había denunciado la inconstitucionalidad de esta norma, invocando los artículos 108, 128, 139, 190, ordinales 1, 5 y 8 y 241 de la Constitución, y fundamentando su petición, básicamente, en los artículos 128 y 190, ordinales 1° y 5° de la Constitución. La Corte Plena consideró, finalmente, que “en la norma impugnada no se incurrió en violaciones de la Constitución venezolana, por lo cual la nulidad no procede”, declarando sin lugar la demanda de nulidad y señalando que “En consecuencia, esa norma mantiene y conserva plena vigencia, validez y eficacia”.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Plena señaló que, en el ordenamiento constitucional venezolano, el Congreso, en lo interno, es el único órgano con potestad legislativa, y precisó:

“Nuestro Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión, y esa determinación no vulnera la Constitución, sino que, por lo contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer, exclusivamente, los actos que, por la Constitución, ameritan de una ley. El Tratado fue aprobado en esas especiales condiciones y si ello trae como consecuencia situaciones difíciles, la Corte no puede, pasando por la voluntad del Congreso que no ha contrariado el texto constitucional, dejar sin efecto una norma dictada en ejercicio de la potestad legislativa de ese órgano nacional”.

Debe recordarse, que una disposición similar al parágrafo primero del artículo único de la Ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena que fue impugnado y declarado constitucional por la Corte Suprema, posteriormente se incorporó a la Ley aprobatoria del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (*Gaceta Oficial*) Extra. N° 3.216 de 7-7-83), con el siguiente texto:

“Art. 2. Las Decisiones de la Comisión que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República”.

En el contexto de este otro Tratado, tal “declaración interpretativa” es aún más importante, pues en el mismo se establece el principio de que siendo las decisiones de la Comisión del Acuerdo “fuentes del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” (art. 1), “obligan a los países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión” (art. 2) y “serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo” (art. 3). Sin embargo, mediante la mencionada “declaración interpretativa” se precisa que, si se trata de decisiones de la Comisión que sean materia de la competencia del Poder Legislativo, es decir, de la reserva legal conforme al ordenamiento constitucional venezolano, para que la obligatoriedad de las decisiones de la Comisión sea efectiva, requerirán de aprobación por las Cámaras Legislativas mediante Ley.

* Véase el texto de la sentencia en esta Revista (*Revista de Derecho Público*, N° 44, oct.-dic, 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas), pp. 96 a 101

Ahora bien, la decisión de la Corte Suprema tiene una importancia destacable en dos aspectos: en primer lugar, en relación al tema, siempre discutido, del ámbito del control de la constitucionalidad que ejerce, y su extensión o no a las leyes aprobatorias de Tratados internacionales; y en segundo lugar, sobre la posibilidad o no, conforme a nuestro ordenamiento constitucional actual, de la existencia de un derecho comunitario directamente aplicable en el orden interno, sin que medie acto estatal de recepción formal del mismo.

Los temas, por supuesto, no son nuevos, pero la sentencia los replantea, por lo que algunos comentarios resultan indispensables.

I. EL TEMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS

La Corte Suprema, para dictar su sentencia del 10-7-90, hizo referencia a la doctrina establecida en una sentencia anterior, de 29-4-65 (*Gaceta Oficial* N° 958 Extra, de 21-5-65) en la cual había declarado que carecía de competencia para conocer y declarar la nulidad absoluta, parcial o total de leyes aprobatorias de Tratados, y en el caso específico, de la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición que la República de Venezuela tiene celebrado con los Estados Unidos de América. Dicha sentencia, criticada por nosotros (Véase Alan R. Brewer-Carías. *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977, p. 48 y siguientes), la consideramos atentatoria contra el ordenamiento constitucional venezolano, construido sobre el principio de la supremacía constitucional y del control de la constitucionalidad a cargo de la propia Corte Suprema, que impide que existan actos estatales excluidos de dicho control. Por tanto, una Ley aprobatoria de un Tratado -no el Tratado en sí mismo- siempre es susceptible de ser impugnada de inconstitucionalidad, independientemente de los efectos -responsabilidad internacional del Estado y denuncia del Tratado- que puedan resultar de la anulación total o parcial de la Ley.

Ahora bien, frente a la tesis de que la Corte Suprema carecía de competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una Ley aprobatoria de un Tratado sentada en 1965, se destaca ahora la tesis diametralmente contraria establecida en la sentencia de 10-7-90, en la cual la Corte Suprema entró a conocer de la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley aprobatoria de un Tratado, si bien el resultado fue el haber declarado sin lugar el recurso.

El cambio de jurisprudencia puede decirse que ha sido radical, no teniendo ningún sentido ni relevancia la “justificación” que la Corte Suprema consigna en su sentencia para entrar a conocer de la inconstitucionalidad parcial de la Ley aprobatoria del Tratado del Acuerdo de Cartagena. En efecto, la Corte señaló que la sentencia de 1965 se justificaba porque en esa oportunidad se pretendía la invalidez absoluta de la Ley aprobatoria de aquel Tratado de Extradición, -lo cual, como lo indica el Magistrado Trejo Padilla (Ponente de la sentencia de 1965), en su voto salvado a la sentencia de 1990, es falso e inexacto, puesto que en aquella oportunidad se había demandado la nulidad parcial del ordinal 14 del artículo II de la Ley aprobatoria- y consecuentemente del Tratado mismo, y que en cambio, en el caso de 1990, la acción se dirigió contra una disposición de la Ley Aprobatoria, con lo cual no se perseguía la nulidad del Tratado en sí ni la descalificación como Ley formal de la República del acto aprobatorio. De allí deduce la Corte que la nueva acción “es perfectamente admisible y no se contraría el criterio sentado en la dicha sentencia del 29 de abril de 1965”, lo cual no es cierto, siendo el argumento, como lo califica el Magistrado Trejo Padilla, “gravemente censurable” además de “irrelevante”, pues el criterio de

“la falta de jurisdicción y de competencia, en la esfera internacional, del máximo órgano judicial de un Estado para anular o modificar un Tratado Internacional y para imponer coercitivamente ese dispositivo, rige tanto en el caso de que se solicite la nulidad total de la Ley Aprobatoria del mismo, como en el caso de que se pretenda la nulidad parcial de dicha Ley”.

Lo cierto, en todo caso, es que aun cuando la Corte en la sentencia de 1990 haya “tergiversado datos históricos”, y como lo advierte el Magistrado Trejo Padilla, afirme que este caso “es diferente al anterior” (el de 1965) y que en ella no se contraría la antigua doctrina. . . “lo cierto es que se la está abandonando sin decirlo expresamente, y sí expone las razones jurídicas que justifican tal abandono”.

Esta es la verdadera importancia de la sentencia de 10-7-90: el cambio de doctrina en torno al control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados, lo cual -contrariamente a lo sentado en 1965- ahora se admite, pero sin que la Corte Suprema haya explicado las razones jurídicas que lo justifican. Saludamos la sentencia en este aspecto, pues hemos sostenido esa tesis, criticando la sentencia de 1965, pero lamentamos que, para llegar a su nueva conclusión, la Corte no haya explicado las razones de un cambio tan radical de doctrina.

Al admitir su propia competencia para conocer de acciones de inconstitucionalidad de leyes aprobatorias de Tratados -lo que es la gran novedad de la sentencia de 10-7-90- la Corte entró a analizar las denuncias de inconstitucionalidad respecto del parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, concluyendo que las Cámaras Legislativas tenían competencia, al sancionar dicha Ley, para exigir que los actos de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que en Venezuela correspondieren a materias de la “reserva legal”, no podían entrar en aplicación inmediata en Venezuela sin la previa aprobación, por Ley. Como lo indica la sentencia, el Congreso:

“lo que hizo fue dejar constancia de que actos de su competencia interna no están sometidos a la determinación de la Comisión del Acuerdo, convirtiéndolo en organismo supranacional de índole legislativa”.

II. EL TEMA DE LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL DERECHO COMUNITARIO

Esta sentencia de la Corte Suprema, como lo destacan los votos salvados de los Magistrados Cecilia Sosa Gómez, Roberto Yépez Boscán, Román José Duque Corredor, Josefina Calcaño de Temeltas, Otto Marín Gómez y Luis H. Parías Mata, independientemente de que admite la posibilidad del control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados, por supuesto, afirma la tesis “dualista” respecto del derecho internacional público, y corrobora los problemas constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico para avanzar en un proceso de integración económica que evidentemente exige la existencia de órganos supranacionales cuyas decisiones, aun cuando incidan en materias de la reserva legal, deberían ser directamente aplicables en el orden interno; de lo contrario, no existe una viabilidad efectiva de un proceso de integración.

Y ese es, precisamente, el problema de la integración económica latinoamericana, que se encuentra limitado por la mayoría de los ordenamientos constitucionales de nuestros países, que no han avanzado hacia sus propósitos, entre ellos el de Venezuela. Para que en nuestro país pueda admitirse que las decisiones de un órgano supranacional, como la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sean de cumplimiento obligatorio y de aplicación inmediata y así, incidan sobre aspectos que en el orden interno corresponden a la reserva legal, es necesario que la Constitución lo prevea. Y ello no está previsto, per lo que sin una Enmienda Constitucional que así lo regule, no basta una declaración de principios como la del artículo 108 de la Constitución -la República favorecerá la integración económica latinoamericana- contrariamente a lo que sostienen los Magistrados Román José Duque Corredor y Josefina Calcaño de Temeltas, para sustentar una especie de “delegación” legislativa de las Cámaras Legislativas nacionales, en un órgano supranacional como lo es la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El problema, por supuesto, no es nuevo. (Véase Allan R. Brewer-Carías. *Problemas constitucionales de la integración Económica Latinoamericana*, Caracas, 1968). Se planteó y fue resuelta por reformas constitucionales -o, de hecho, por ausencia de Tribunales Constitucionales que conozcan de la nulidad de leyes- en todos los países miembros de la Comunidad Económica Europea, y en América Latina ha comenzado a ser resuelta, en algunos países, como Colombia, donde mediante la reforma constitucional de 1968, se incorporó al Texto Constitucional un artículo 76, que prevé expresamente que:

“por medio de Tratados o Convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que, sobre la base de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

Por tanto, el hecho de considerar el Acuerdo de Cartagena, como un “Tratado Marco”, como lo hacen los Magistrados Cecilia Sosa Gómez y Roberto Yépez Boscán en su voto salvado, no autoriza a afirmar que conforme al ordenamiento constitucional venezolano no sea necesaria la intervención del Congreso Nacional para aprobar los instrumentos emanados de sus órganos. Para ello, insistimos, habría que adecuar, mediante una Enmienda, nuestro ordenamiento constitucional al proceso de integración económica.

Por otra parte, debe destacarse que el texto del parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, en realidad no es una “reserva” como en nuestro criterio erradamente lo consideran los Magistrados Cecilia Sosa Gómez, Roberto Yépez Boscán, Otto Marín Gómez y Luis H. Parías Mata en sus votos salvados, pues como se indica en el Acuerdo, el mismo no podía ser suscrito con reservas. En realidad, se trata de una “declaración interpretativa”, en la cual las Cámaras Legislativas venezolanas al sancionar la Ley, indicaron el sentido preciso que atribuyeron a las disposiciones del Acuerdo. Por ello, declaraciones interpretativas como éstas, no se consideran reservas, sino más bien como un instrumento o medida para esclarecer y precisar la interpretación que el Congreso atribuye al texto del Acuerdo.

Por otra parte, el citado párrafo primero del artículo único de la Ley aprobatoria del Acuerdo tampoco puede verse como una reforma al Tratado, como lo sugieren los Magistrados Román José Duque Corredor y Josefina Calcaño de Temeltas en su voto salvado, pues la recepción de los actos de la Comisión que incidan en el orden interno y que sean de la reserva legal, es una cuestión de orden constitucional que exigía la inclusión de la mencionada “declaración interpretativa”. No hubo, por tanto, en nuestro criterio, extralimitación alguna de facultades por parte de las Cámaras Legislativas, sino aplicación pura y simple del ordenamiento constitucional vigente. Ello, ciertamente, puede considerarse como una limitación a la expresión de voluntad integracionista por parte de la Comisión, como lo indican los Magistrados Otto Marín Gómez y Luís H. Parías Mata en su voto salvado, pero adoptada en el marco de las disposiciones constitucionales y que no atenta contra el denominado “imperativo constitucional” contenido en el artículo 108 de la Constitución, el cual no autoriza en forma alguna para transferir potestades legislativas a los órganos supranacionales andinos, que regulen aspectos de la reserva legal y se apliquen de inmediato, sin ser incorporados por ley al orden interno.

En definitiva, la sentencia de la Corte Suprema de 10-7-90, al declarar sin lugar la acción popular de nulidad por inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo único de la Ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena y otras decisiones de la Comisión del Acuerdo, no sólo tiene la importancia de haber admitido el ejercicio del control judicial de constitucionalidad por vía de acción de las leyes aprobatorias de Tratados, lo que había sido excluido por la propia Corte por sentencia de 29-4-65; sino de haber planteado, nuevamente, el problema constitucional que enfrenta el avance del proceso de integración económica latinoamericana en nuestro país, que requiere solución en una Enmienda Constitucional al artículo 108 del texto fundamental, para admitir la transferencia de potestades legislativas a la Comisión del Acuerdo. Mientras ello no se haga, las “declaraciones interpretativas” como la del párrafo primero del artículo 1° de la Ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, seguirán siendo necesarias e inevitables.

1992

12. LA NULIDAD DE ACTOS ELECTORALES Y SU INFLUENCIA EN LAS ELECCIONES

(A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-12-90)*

Revista de Derecho Público, N° 50, abril-junio 1992,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 199-205

I

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de diciembre de 1990, con motivo de un recurso de nulidad de votaciones en diversas Mesas Electorales es el Municipio Sucre del Estado Miranda que funcionaron el día de las elecciones para Alcalde que se efectuaron el 3 de diciembre de 1989, declaró “nulas las votaciones” efectuadas en 69 Mesas Electorales, resolviendo en consecuencia que

“Conforme a lo ordenado por el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio, corresponde ahora al Consejo Supremo Electoral establecer únicamente cómo influye la nulidad de las votaciones efectuadas en las Mesas Electorales que levantó las Actas de Escrutinios determinadas en esta sentencia, en el resultado general de los escrutinios para Alcalde del Municipio Autónomo Sucre y resolver en consecuencia; con la salvedad de que con arreglo a lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cualquiera sea la decisión que al respecto asuma el Consejo Supremo Electoral, ello no afectará los actos cumplidos por la autoridad municipal en ejercicio”.

Dispuso además la sentencia que la misma “sólo afecta las votaciones donde se cometieron los hechos que originaron los hechos que originaron la nulidad de las Actas así declarada”, lo cual, por lo demás, era obvio.

II

Ahora bien, de acuerdo a la Ley Orgánica del Sufragio, se distinguen diversos tipos de nulidad de actos electorales:

1. En primer lugar, se regula la *nulidad de la totalidad de las elecciones* cuando su celebración se haga sin convocatoria previa por el Consejo Supremo Electoral ajustada a los términos establecidos en la Ley (art. 191);

2. En segundo lugar, se regula la *nulidad de cualquier elección*, en los casos en que, por ejemplo, el candidato electo no reúna las condiciones de elegibilidad establecidas en la Ley; o cuando haya mediado fraude, cohecho, soborno o violencia en las inscripciones, votaciones o escrutinios (art. 192);

3. En tercer lugar, se regula la *nulidad de votaciones en Mesas Electorales*, en los casos siguientes:

1°) Por haberse practicado en días distintos a los señalados por el Consejo Supremo Electoral o en locales diferentes a los determinados por la respectiva autoridad electoral;

2°) Por haber realizado la Mesa Electoral actos que hubiesen impedido el ejercicio del sufragio con las garantías que se establecen en la Ley;

3°) Por haberse constituido ilegalmente la respectiva Mesa Electoral;

4°) Por violencia ejercida sobre los miembros de la Mesa Electoral durante el curso de la votación o de la realización del escrutinio, al extremo de que pueda haberse alterado el resultado de la votación;

5°) Por ejecución de actos de coacción contra los electores de tal manera que los hubiesen obligado a abstenerse de votar o votar en contra de su voluntad;

* Véase la sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Caracas 1991, p. 86 a 88.

6°) Por la preparación de las actas de escrutinio de votos por personas no autorizadas por esta Ley, o fuera de los lugares o términos establecidos en la misma;

7°) Por alteración manifiesta y comprobada y por destrucción de todos los ejemplares de las actas, de tal manera que les resten su valor informativo (art. 193).

4. En cuarto lugar, se *regula la nulidad del voto individual* en los siguientes casos:

Para Presidente de la República y para Cuerpos Deliberantes cuando la boleta respectiva no tenga estampado el sello de la Mesa; para Presidente de la República cuando la boleta respectiva no tenga ninguna tarjeta grande sellada por el votante; para Cuerpos Deliberantes cuando la boleta respectiva no tenga ninguna tarjeta pequeña sellada por el votante; para Presidente de la República con algunas excepciones, cuando la boleta respectiva tenga sellada por el votante más de una tarjeta grande; para Cuerpos Deliberantes con algunas excepciones, cuando la boleta respectiva tenga sellada por el votante más de una (1) tarjeta pequeña; para Presidente de la República y para Cuerpos Deliberantes cuando la boleta respectiva aparezca mutilada (art. 135).

En el último supuesto, la nulidad del voto corresponde ser decidido por la Mesa Electoral respectiva al momento del escrutinio de las votaciones en la Mesa (art. 135 LOS) y ello sólo afecta al voto en sí mismo.

En los tres primeros casos, la nulidad corresponde ser declarada por la Corte Suprema de Justicia, al decidir el correspondiente recurso de nulidad, y la declaratoria tiene diversos efectos. *En el primer caso, de la nulidad de la totalidad de las elecciones*, el efecto de tal declaratoria es la obligación del Consejo Supremo Electoral de convocar en un lapso de 30 días a *nuevas elecciones*. *En el segundo caso, de nulidad de una elección*, si se trata de una elección unipersonal, es decir, para Presidente de la República, Gobernador o Alcalde, el Consejo Supremo Electoral debe convocar en un lapso de 30 días, a *nueva elección* para el cargo respectivo. En cambio, si se trata de una elección pluripersonal, por listas, para cuerpos representativos, la Ley dispone que la declaratoria de nulidad *sólo afectará la elección del candidato inhábil* y se llamará en su lugar al candidato siguiente en el orden de la lista (art. 198).

En el tercer caso, de nulidades de votaciones en Mesas Electorales, el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio establece que “la sentencia sólo afectará las elecciones efectuadas en la circunscripción electoral en que se haya cometido el hecho que lo vicie”, es decir, no afecta en ningún caso, la totalidad de las elecciones.

Además, la misma norma establece que *en principio*, la nulidad de votaciones en Mesas Electorales tampoco afecta la elección concreta que se haya efectuado en la dicha circunscripción. Per ello, agrega el artículo 198 citado que

“no habrá lugar nuevas elecciones si se evidencia que una nueva votación no tendría influencia sobre el resultado general de los escrutinios para Presidente, Gobernador o Alcalde ni sobre la adjudicación de los puestos en razón del cociente electoral. La decisión a este respecto compete al Consejo Supremo Electoral”.

En consecuencia, la nulidad de votaciones en Mesas Electorales sólo conducirá a que se verifiquen *nuevas elecciones* si se evidencia que una nueva votación tiene influencia sobre el resultado general de los escrutinios.

De lo anterior resulta entonces que, en el caso de nulidad de votaciones en Mesas Electorales, en principio, ello sólo afecta la votación en la Mesa concreta y no afecta ni a la elección que se haya efectuado, ni al proceso electoral en general. Por tanto, el efecto fundamental inmediato de la sentencia que declare la nulidad de una votación en Mesa o Mesas Electorales, es que deben excluirse los votos escrutados en la Mesa o Mesas Electorales anuladas, del cómputo general de los votos emitidos en la respectiva circunscripción, y a ello está obligado el Consejo Supremo Electoral, correspondiéndole, en este caso, conforme a lo establecido en el artículo 45, ordinal 16, de la Ley Orgánica del Sufragio, dictar un acto administrativo de corrección de la totalización de votos en la circunscripción respectiva. El Consejo Supremo Electoral, por tanto, en estos casos, debe proceder a hacer una corrección al Acta de Totalización elaborada por el organismo competente en la circunscripción respectiva, excluyendo los votos correspondientes a las Mesas Electorales anuladas, indicándolo así en el acto respectivo.

III

Como consecuencia de la corrección del Acta de Totalización conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, puede resultar que la nulidad declarada de votaciones de Mesas Electorales pueda tener influencia en la elección que se haya efectuado. En este caso, el efecto de la declaratoria judicial de nulidad de las votaciones en las Mesas Electorales, una vez deducidos los votos de las Mesas Electorales anuladas del cómputo general de la circunscripción y corregida el Acta de Totalización (única forma de

saber si la nulidad de las votaciones en Mesas puede afectar la elección), es que el Consejo Supremo Electoral ***debe proceder a convocar una nueva elección***. Es decir, como lo señala el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio, no habrá lugar a *nueva elección* si se evidencia que una nueva votación no tendría influencia sobre el resultado general de los escrutinios, por lo que, en caso contrario, el Consejo debe proceder a convocar una nueva elección.

En consecuencia, si el número de votos correspondientes a las Mesas Electorales anuladas, en caso de atribuirse totalmente a otro candidato, no tuvieran influencia en la elección realizada, no procedería el efectuar nuevas elecciones. Si, al contrario, la diferencia de votos entre el candidato electo y sus contendores es menor que el número de votos correspondientes a las votaciones de Mesas anuladas procedería efectuar *una nueva elección* en la circunscripción respectiva. *No se trata, por tanto, de repetir la votación en las Mesas anuladas, sino de realizar una nueva elección en todas las Mesas de la circunscripción*. Se insiste en advertir que, en este caso, lo que ordena la Ley es *convocar una nueva elección* y no nuevas votaciones sólo en las Mesas anuladas.

El acto de votación para una elección es un acto único, que no puede ni repetirse, ni suspenderse para continuarlo en otra oportunidad. Anuladas unas votaciones en Mesas Electorales, si el número de votos anulados tiene influencia en la elección efectuada, esas votaciones en las Mesas no pueden repetirse aisladamente, sino que lo que procede es hacer una nueva elección.

En todo caso, la consecuencia inmediata de la decisión judicial que declare la nulidad de votaciones en Mesas Electorales, con influencia en la elección respectiva, es que el Consejo Supremo Electoral luego de corregida el Acta de Totalización respectiva elaborada por el organismo electoral competente conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, debe proceder a revocar el acto de adjudicación y proclamación del funcionario que había sido electo, pronunciado por el organismo electoral respectivo, produciéndose, en consecuencia, una *falta absoluta* del mismo, que debe llenarse conforme lo disponga la Ley, mientras se realiza la nueva elección.

IV

Aplicados los anteriores criterios al caso de la Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda, la situación fue la siguiente:

1. Como hemos señalado, con fecha 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia anuló las votaciones en 69 Mesas Electorales correspondientes a las elecciones realizadas el 3 de diciembre de 1989 para la elección del Alcalde en la circunscripción electoral correspondiente al Municipio Sucre del Estado Miranda, y ordenó al Consejo Supremo Electoral proceder a determinar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio si la anulación de las votaciones en las mencionadas 69 Mesas Electorales, tenían o no influencia sobre el resultado general de los escrutinios para la elección de dicho Alcalde.

Debe observarse que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en su sentencia del 11 de diciembre de 1990, al declarar nulas las votaciones efectuadas en 69 Mesas Electorales de la circunscripción electoral del Municipio Sucre del Estado Miranda, estableció claramente, como ya se señaló, que:

3. “Conforme a lo ordenado por el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio, corresponde ahora al Consejo Supremo Electoral establecer únicamente cómo influye la nulidad de las votaciones efectuadas en las Mesas Electorales que levantó las Actas de Escrutinio determinadas en esta sentencia, en el resultado general de los escrutinio para Alcalde del Municipio autónomo Sucre y resolver en consecuencia; con la salvedad de que con arreglo a lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cualquiera sea la decisión que al respecto asuma el Consejo Supremo Electoral, ello no afectará los actos cumplidos por la autoridad municipal en ejercicio”.

4. “Esta sentencia sólo afecta las votaciones donde se cometieron los hechos que originaron la nulidad de las Actas así declaradas”.

Con esta decisión, por tanto, como debía ser, la Corte Suprema dejó en manos del Consejo Supremo Electoral el determinar como lo dice el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio, la influencia de la nulidad de las votaciones en las Mesas señaladas sobre el resultado general de los escrutinios para Alcalde, es decir, sobre a elección del Alcalde, de manera que, conforme a la mencionada norma, el Consejo es quien debía resolver si había lugar o no a convocar a una nueva elección.

La advertencia contenida en el último párrafo de la decisión de la Corte (N° 4) sobre que la sentencia sólo afecta las votaciones donde se cometieron los hechos que originaron la nulidad de las Actas así declaradas, era completamente innecesaria, pues sólo podía ser así: anuladas las votaciones en unas Mesas Electorales, la nulidad pronunciada evidentemente que sólo afecta las votaciones de esas Mesas, por lo que las

votaciones efectuadas en las Mesas Electorales cuyas votaciones no fueren declaradas nulas por la Corte, ni fueron sometidas a su revisión, por supuesto que conservan todo su valor informativo y, en consecuencia, validez, como lo afirmó la Corte en la “aclaratoria” de la sentencia antes mencionada, de fecha 13 de febrero de 1991.

Por supuesto, ello nada tiene que ver con la decisión que sólo correspondía al Consejo Supremo Electoral, de determinar la influencia de la nulidad de las votaciones en diversas Mesas Electorales en el resultado general del escrutinio para Alcalde, es decir, en la elección del Alcalde respectivo.

2. Debe señalarse, sin embargo, que en la mencionada aclaratoria pronunciada por la Corte Suprema el 13 de febrero de 1991, la Corte consideró procedente la “aclaratoria” solicitada:

“en relación a que corresponde al Consejo Supremo Electoral al haber sido declarada sólo la nulidad parcial de las votaciones en las sesenta y nueve (69) Actas de Escrutinio, determinar si influye en el resultado general de los escrutinios, *y de resolver convocar a nuevas elecciones sólo lo será en las mesas que levantaron las Actas de Escrutinio determinadas como nulas en la sentencia*; y consecuentemente, conservan todo su valor informativo las Actas de Escrutinio que no fueron sometidas a revisión y aquellas cuya validez la Sala confirmó”.

De esta aclaratoria de la sentencia se deduce que la Corte resolvió que de lo que se trataba, consecuencia de su sentencia, era que el Consejo Supremo Electoral, si juzgaba que la nulidad pronunciada tenía influencia sobre la elección del Alcalde, *sólo debía convocar a votar a los electores inscritos en las 69 Mesas de votación, para repetir la votación en las referidas Mesas Electorales*, como si el proceso electoral de diciembre de 1989 se hubiera paralizado y luego debía continuar en la misma forma en las 69 Mesas señaladas. Ahora bien, no sólo ello se apartaba del contenido del artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio, sino contradictorio con la propia sentencia y con la naturaleza del acto de votación.

En efecto, ante todo deben distinguirse, en los términos de la Ley Orgánica del Sufragio, la *votación* de la *elección*. La votación es el acto electoral de depositar el voto en las Mesas respectivas; y la elección es el acto por el cual se elige a un candidato como consecuencia del acto de votación. La nulidad de votaciones en Mesas Electorales, por ello, no necesariamente afecta la elección ni implica necesariamente la necesidad de convocar a nuevas elecciones, sino cuando ello tenga influencia en la elección. En este último caso, lo que debe hacerse es una *nueva elección*, pero jamás la “repetición” de las votaciones en las Mesas cuyos escrutinios fueren anulados.

El acto de votación en Mesas Electorales, como *se* dijo, es uno y único, y jamás puede “repetirse”. Si en un proceso electoral, por cualquier causa, no se pudo realizar la votación en una Mesa Electoral, ese acto no puede realizarse posteriormente en ningún caso. En el mismo sentido, si por sentencia judicial se anularon las votaciones en Mesas Electorales, el acto de votación en dichas Mesas no puede jamás repetirse aisladamente, y sólo si la anulación pronunciada influye en la elección efectuada, lo que procede es convocar a una *nueva elección*. con nuevas postulaciones, aun cuando se repitan las candidaturas precedentes, pero con la posibilidad de nuevos candidatos y nuevos electores. No tenía sentido alguno pretender, como resultaba de la “aclaratoria” de la Corte, que año y medio después se “repetieran” votaciones en determinadas Mesas para que los mismos electores voten por los mismos candidatos (podía que algunos de ellos ya ni tuvieran interés), habiendo cambiado, además, el conjunto de los electores (habían fallecido algunos o otros habían cambiado de residencia).

Por tanto, la aclaratoria de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no sólo contraría lo establecido en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio y al propio dispositivo de la sentencia, sino a la esencia misma del acto de votación y a las normas más generalizadas del régimen de nulidad de los actos electorales.

3. En todo caso, el Consejo Supremo Electoral, en ejecución del mandato judicial de la Corte Suprema de Justicia y por Resolución N° 003-91 de 3 de abril de 1991, determinó que el número de votos correspondientes a las actas de escrutinio de las 69 Mesas Electorales anuladas incidía sobre la elección del Alcalde y, en consecuencia, convocó a *nuevas elecciones* para elegir Alcalde del Municipio Sucre para el 26 de mayo de 1991. Sin embargo, no procedió a revocar la adjudicación y proclamación del Alcalde que había sido electo, como era jurídicamente elemental. No podía, en efecto, el Consejo Supremo Electoral, como lo hizo, convocar a nuevas elecciones para Alcalde, sin que se hubiese producido formalmente la *falta absoluta* del Alcalde, y estando, al contrario, en ejercicio del cargo el Alcalde que había sido electo. Sin embargo, así se hizo.

En todo caso, es de observar que la Resolución del Consejo Supremo Electoral de 3 de abril de 1991, quizás sin quererlo, se ajustaba en su texto a lo prescrito en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Sufragio y se apartaba de lo establecido en la “aclaratoria” de la sentencia señalada, en el sentido de que el Consejo procedió a “convocar a nuevas elecciones para elegir Alcalde del Municipio Sucre del Estado Miranda” y no repetir el acto de votación en las 69 Mesas cuyas Actas de Escrutinio fueron anuladas en el Municipio Sucre.

Sin embargo, a pesar del texto formal de la Resolución, fue evidente, por la fecha fijada (26-5-91), que sólo se pensó en la última situación, pues de lo contrario, en caso de convocatoria a una nueva elección, hubiera tenido que comenzar por establecer el lapso de postulación de candidatos.

4. Ahora bien, el Consejo Supremo Electoral, con base en la decisión de la Corte, debió haber procedido, ante todo, a *modificar formalmente el Acta de totalización* levantada en su momento por la Junta Electoral Municipal del Municipio Sucre conforme al artículo 137 de la Ley Orgánica del Sufragio, restando de la totalización de votos efectuada, los votos correspondientes a las Actas de Escrutinio de las 69 Mesas anuladas por la Corte Suprema de Justicia. Ello no se hizo sino muy tardíamente, después de convocadas las elecciones (abril de 1991) por decisión adoptada el 13 de mayo de 1991, lo cual, en todo caso, se publicó en la *Gaceta Oficial*, pues ningún acto electoral es ni debe ser privado o reservado, y menos las Actas de Totalización de votos o sus correcciones.

5. Como consecuencia de la corrección del Acta de Totalización de votos y de la necesidad ineludible de convocar a nueva elección de Alcalde e, incluso, conforme a lo ilegalmente ordenado por la Corte Suprema, a nuevas votaciones en las Mesas Electorales cuyas Actas de Escrutinio fueron anuladas, en todo caso, el Consejo Supremo Electoral debió proceder a *revocar formalmente el acto de adjudicación y proclamación del puesto de Alcalde en el Municipio Sucre* del Estado Miranda, efectuado por la Junta Electoral Municipal respectiva, conforme al artículo 138 de la Ley Orgánica del Sufragio, lo que se produjo, también tardíamente, en el mismo acto del 13 de mayo de 1991.

6. Ahora bien, en todo caso, dicho acto administrativo de revocación, motivado en los hechos antes indicados, implicó automáticamente el que se produjera una *ausencia absoluta* del Alcalde, *en cuyo caso procedía aplicar el texto del segundo párrafo del artículo 54 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal*, que establece:

“Cuando se produjere la ausencia absoluta del Alcalde antes de tomar posesión o antes de cumplir la mitad de su período legal, *se procederá a una nueva elección* en la fecha que fije el Consejo Electoral. Cuando la ausencia absoluta se produjese transcurrida más de la mitad del período legal, el Concejo o Cabildo Distrital designará a uno de sus miembros para que ejerza el cargo vacante de Alcalde por lo que resta del período municipal. Mientras se cumple, en uno u otro caso, la toma de posesión del nuevo Alcalde electo o designado, se encargará de la Alcaldía el Vicepresidente”.

En consecuencia, revocado por el Consejo Supremo Electoral el acto de adjudicación y proclamación del puesto de Alcalde efectuado por la Junta Electoral Municipal del Municipio Sucre para el período 1991-1993, el Vicepresidente del Concejo Municipal del Municipio Sucre se encargó de la Alcaldía.

Esta decisión del Consejo Supremo Electoral adoptada el 13 de mayo, en todo caso, se produjo antes de que el Alcalde que estaba en ejercicio del cargo cumpliera la mitad del período legal (3 años) que ocurría en julio de 1991, por lo que el Consejo Supremo Electoral, *en todo caso, y a pesar de lo indicado en la aclaratoria de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia*, conforme a la Ley Orgánica de Régimen Municipal (texto que en este caso prevalecía) *debió proceder a convocar una nueva elección de Alcalde en el Municipio Sucre del Estado Miranda*, por supuesto, mediante *votaciones en todas las Mesas Electorales del mismo* y no sólo en las Mesas cuyas Actas de totalización fueron anuladas, y previa apertura del lapso de postulación correspondiente.

Para ello, por supuesto, el Consejo Supremo Electoral debió proceder a *revocar la Resolución N° 003-91* de 3 de abril de 1991 y *convocar efectivamente a una nueva elección de Alcalde*, conforme a lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sufragio, a los efectos de que se cumpliera el período de postulación establecido en el artículo 103 de la misma Ley Orgánica y se llenasen las demás exigencias establecidas en la misma.

V

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en nuestro criterio, *el Consejo Supremo Electoral en el caso de la nulidad de votaciones en 69 Mesas Electorales con motivo de la elección de Alcalde del 3 de diciembre de 1989 del Municipio Sucre del Estado Miranda, ineludiblemente debió haber*

procedido a convocar una nueva elección para Alcalde del Municipio Sucre del Estado Miranda (no se trataba de la repetición de las votaciones en las Mesas cuyos vetos fueron judicialmente anulados) dictando las siguientes decisiones:

1. Conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (11-12-90), debió proceder a dictar un acto administrativo de corrección del *Acta de Totalización* para la elección del Alcalde en dicho Municipio levantada por la Junta Electoral Municipal, deduciendo los votos correspondientes a las Mesas Electorales anuladas, acto que debía *publicarse en la Gaceta Oficial*. Esto lo hizo el 13 de mayo de 1990.

2. Como consecuencia de la corrección del Acta de Totalización de la Junta Electoral Municipal para la elección del Alcalde del Municipio Sucre, el Consejo Supremo Electoral en la misma fecha del 13 de mayo de 1991 procedió a *revocar el acto de adjudicación y proclamación del Alcalde efectuado por la misma Junta Electoral Municipal*.

3. Esta revocación de ese acto de adjudicación y proclamación del Alcalde del Municipio Sucre, implicaba *ipso jure*, una *falta absoluta del Alcalde*, por lo que conforme al artículo 54 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal el Vicepresidente del Concejo Municipal procedió a encargarse de la Alcaldía.

4. Ahora bien, como la falta absoluta del Alcalde del Municipio Sucre se produjo antes de que el Alcalde electo en diciembre de 1989 cumpliera la mitad de su mandato, el Consejo Supremo Electoral, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 54) que en nuestro criterio privaba frente a lo afirmado en la “aclaratoria” de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de febrero de 1991, debió proceder a *convocar una nueva elección de Alcalde* en el Municipio Sucre del Estado Miranda. A estos efectos el Consejo Supremo Electoral debió revocar la Resolución N° 003-91 de 3 de abril de 1991, y proceder a fijar nueva fecha para la elección del Alcalde conforme a lo establecido en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Sufragio. Esto no ocurrió, y el Consejo Supremo Electoral organizó la “repetición” de votaciones en las 69 Mesas Electorales cuyas votaciones habían sido anuladas, contra todos los principios que informan el derecho electoral y contra expresas disposiciones legales. El Alcalde electo con motivo de dicha “repetición” de votaciones, en todo caso, y en forma innecesaria por el respaldo popular que demostró tener, resultó proclamado con una legitimación legalmente dudosa, a lo que sin duda contribuyó la “aclaratoria” de la sentencia de 11 de diciembre de 1990 dictada por la Corte Suprema de Justicia, y emitida con fecha 13 de febrero de 1991, a la que hemos hecho referencia.

1999

13. LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE O DE CÓMO EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ABRIÓ EL CAMINO PARA SU VIOLACIÓN Y PARA SU PROPIA EXTINCIÓN

Revista de Derecho Público, N° 77-78/79-80, 1999,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 453-514

La Constitución de 30 de diciembre de 1999 fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, luego de que la Corte Suprema de Justicia, mediante sendas sentencias de 19 de enero de 1999 (Caso *Referendo Consultivo I* y Caso *Referendo Consultivo II*), dictadas en Sala Político Administrativa¹, admitieran la posibilidad de que mediante *referéndum consultivo*, el pueblo pudiera “crear” dicha instancia política no prevista ni regulada en la Constitución de 1961, para revisar la Constitución. Con esta sentencia, por demás ambigua, se inició entonces formalmente el proceso constituyente en Venezuela de 1999, el cual, a pesar de los esfuerzos que haría posteriormente la propia Corte Suprema, desbordó los límites que intentó ponerle, asumió un carácter originario que el pueblo no le había dado, dio un golpe de Estado interviniendo los poderes constituidos del Estado, y terminó con la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento. La sentencia de 19 de enero de 1999, por tanto, fue la primera página de la sentencia de muerte del propio Poder Judicial de la República.

La Sala Político Administrativa que fue la que dictó dichas sentencias, en esos casos, al resolver los recursos de interpretación de la norma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre el referéndum consultivo, sin duda, actuó como juez constitucional, dado que a la vez interpretó el artículo 4 de la Constitución que regula soberanía popular. El juez constitucional, ante todo, es un guardián de la Constitución y su supremacía; y como tal, sus decisiones son jurídicas y políticas, pero siempre ajustadas al texto constitucional.

No debe olvidarse que la propia justicia constitucional nació en la historia del constitucionalismo moderno como un instrumento sustitutivo de la revolución y del derecho de rebelión o resistencia del pueblo frente a los poderes constituidos². Es decir, en el constitucionalismo moderno, la única forma de resolver los conflictos político-constitucionales entre el pueblo y los gobernantes, entre la soberanía popular y la supremacía constitucional e, incluso, entre los poderes constituidos, es precisamente mediante la decisión de tribunales constitucionales que eviten la revolución o la rebelión.

Por ello, las decisiones de los jueces constitucionales siempre son, además de jurídicas, políticas; y así tiene que ser cuando el orden constitucional no da mucho margen por sí sólo, sin necesidad de interpretación judicial, para resolver los conflictos políticos.

Después de las elecciones de 1998, sin duda, en Venezuela nos encontrábamos en medio de un conflicto político-constitucional que debía resolverse por la fuerza o por el juez constitucional; conflicto derivado, precisamente, del dilema entre, por una parte, la necesidad de que la soberanía popular se manifestase para propiciar los inevitables y necesarios cambios político-constitucionales exigidos por el fin del sistema de Estado centralizado de partidos y, por la otra, la supremacía constitucional que exigía someterse a los procedimientos de reforma y enmienda prescritos en la Constitución.

¹. Véase el texto de la sentencia y los comentarios a la misma en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, 1999, pp. 15 a 114. Véase también en *Bases Constitucionales de la Supranacionalidad*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, Caracas, 2002, pp. 19-36; y en esta *Revista*, pp. 56 a 73.

². Véase en este sentido, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University, 1990, p. 113.

La ocasión para resolver el conflicto la tuvo la Corte Suprema de Justicia con motivo de sendos recursos de interpretación que se presentaron ante su Sala Político-Administrativa, a los efectos de decidir si era constitucionalmente posible pasar a la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, como consecuencia de un referendo consultivo a tal fin efectuado conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sin la previa reforma de la Constitución que regulara dicha Asamblea, como poder constituyente instituido.

La Corte Suprema de Justicia en las sentencias dictadas el 19-1-99³, si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto⁴, desde el punto de vista político dejó establecidos diversos argumentos que desatarían fuerzas constituyentes que por más esfuerzos posteriores que la Corte haría por controlarlas, no sólo no lo lograría, sino que pagaría con su propia existencia la ambigüedad inicial. Las presentes notas tienen por objeto, precisamente, analizar las sentencias dictadas por la Corte Suprema que configuraron el proceso constituyente desde las del 19 de enero de 1999 hasta la del 16 de octubre de 1999.

I. LA BANDERA ELECTORAL (1998) DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS OBS-TÁCULOS CONSTITUCIONALES PARA CONVOCARLA

La posición voluntarista del Presidente de la República electo en diciembre de 1998, de convocar la Asamblea Nacional Constituyente como había sido su bandera electoral, en efecto, presentaba un escollo constitucional que lucía como insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión, que eran la enmienda y la reforma general. Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de una guerra ni en general de una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente, como lo está ahora en la Constitución de 1999.

Por tanto, a comienzos de 1999, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente era mediante una interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional para, precisamente, evitar una confrontación entre la soberanía popular y la supremacía constitucional. Y ello ocurrió mediante las antes mencionadas ambiguas sentencias de 19 de enero de ese año, con las cuales finalmente se permitió la elección y constitución de una Asamblea Nacional⁵ en democracia y sin ruptura constitucional. El golpe de Estado, en realidad, lo daría la propia Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, al irrumpir contra la Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961⁶, y al intervenir los poderes constituidos sin autoridad alguna para ello, incluyendo la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento, la cual terminó siendo eliminada.

A comienzos de 1999, en todo caso, y después del triunfo electoral del Presidente Chávez, por la falta de disposición del liderazgo político mayoritario del Congreso que también había sido electo en noviembre de 1998 en asumir el proceso de cambio constitucional⁷, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente quedó en manos y bajo el exclusivo liderazgo del Presidente electo. Y fue entonces con motivo de su toma de posesión de la Presidencia de la República el 2 de enero de 1999, cuando entonces se inició la batalla legal por encauzar el proceso constituyente dentro del marco de la constitucionalidad, de manera que la necesaria convocatoria de la Asamblea se hiciese sin la ruptura constitucional que había caracterizado las Asambleas Constituyentes en toda nuestra historia.

La Constitución venezolana de 1961, como se dijo, no preveía la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución y recomponer el sistema político democrático. Por ello,

³. Véanse los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 53 y en esta *Revista*, pp. 56 a 73.

⁴. Véase en sentido coincidente, Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 54, 56, 59.

⁵. Véase sobre la Asamblea Nacional Constituyente convocada bajo la vigencia de una Constitución y, por tanto, sin rompimiento del hilo constitucional en Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 90 y ss.

⁶. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002.

⁷. Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento...* cit., pp. 78 y ss.

en diciembre de 1998 y en enero de 1999, después de la elección del Presidente Chávez, el debate político no fue realmente sobre si se convocaba o no la Asamblea Constituyente, sino sobre la forma de hacerlo: o se reformaba previamente la Constitución, para regularla y luego elegirla, o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, apelando a la soberanía popular⁸. Se trataba, en definitiva, de un conflicto constitucional entre supremacía constitucional y soberanía popular que había que resolver⁹, y sólo el juez constitucional podía hacerlo.

Pero lo cierto es que aún antes de que se pudiera asumir que la Corte había resuelto el conflicto, el Presidente electo fue quien optó por la segunda vía, manifestando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla. En el ínterin, además, y apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, formulaba amenazas y ejercía públicamente presiones indebidas ante la Corte Suprema de Justicia en apoyo de su propuesta.

Para diciembre de 1998, en efecto, la Corte Suprema conocía precisamente de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue precisamente la emisión de las dos sentencias indicadas por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999¹⁰, dos semanas antes de la toma de posesión de su cargo por el Presidente de la República, en las cuales si bien la Corte no resolvió expresamente lo que se le había solicitado interpretar, glosó ampliamente en forma teórica la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, costándole como se dijo, su propia existencia.

II. EL DILEMA ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA OMISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN RESOLVERLO

En todo caso, en el dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, la solución del mismo en medio de la crisis política existente, como hemos dicho, sólo podría resultar de una interpretación constitucional que diera la Corte Suprema; y ello fue, precisamente, lo que se concretó en las sentencias mencionadas del 19 de enero de 1999. De ellas, se dedujo que se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Constituyente, la cual en definitiva se podía crear mediante la sola voluntad popular al margen de la Constitución de 1961¹¹.

El dilema que enfrentó la Corte Suprema consistió entonces en dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los dos pilares fundamentales que rigen al Estado Constitucional, debía prevalecer: o el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera el equilibrio entre ambos¹². En ese dilema, si la Corte se atenía al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia Caso *Referendo Consultivo I*:

⁸. Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Hildeward Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

⁹. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 153 a 227; Allan R. Brewer-Carías, -El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999, en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56. Sobre el Poder constituyente y la soberanía popular, véase Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 6 y ss.

¹⁰. Véase el texto de esas sentencias, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 25 y ss.

¹¹. Véase el texto de las sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, op. cit.*, pp. 25 a 53; y en esta *Revista*, pp. 56 a 73; véanse los comentarios a dichas sentencias en ese mismo libro, pp. 55 a 114 y en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional, op. cit.*, pp. 153 a 228.

¹². Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*. Thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio..., *el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica...*

Es decir, para que el principio democrático no fuera una mera declaración retórica, los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental.

Pero si la Corte se atenía al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que establecía la misma Constitución que era, precisamente, obra de la soberanía popular.

Sin embargo, también de acuerdo al criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia *Caso Referendo Consultivo I*,

Si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución,... *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.*

Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo la podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Era claro, por tanto, cual era el dilema abierto desde el punto de vista constitucional en ese momento histórico de Venezuela: o la soberanía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podía ser relativamente fácil en una situación de hecho o de ruptura constitucional: el pueblo, como poder constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque no existe el principio de la supremacía constitucional al haber sido roto el hilo constitucional.

Ello, sin embargo, no ocurría así en un proceso constituyente de derecho sometido a una Constitución. En efecto, no estando el país, a comienzos de 1999, en una situación de hecho sino de vigencia del orden constitucional del texto de 1961, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se estaba produciendo, no podía tener una solución que derivase de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tenía que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano del Estado constitucional, al que correspondía la Jurisdicción constitucional, es decir, a la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, en la discusión jurídica que se había abierto en el país, para enfrentar el mismo dilema, habían quedado claras dos posiciones: *por una parte*, la de quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo la Constitución establece los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda); y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional que le diese *status* constitucional; y *por otra parte*, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla. Se trata, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los Estados modernos, y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho, en la misma fecha 19 de abril de 1999 resolvió en sendas sentencias dos recursos de interpretación (*Referéndum Consultivo I*, Ponente: Humberto J. La Roche y *Referéndum Consultivo II*, Ponente: Héctor Paradisi) sobre el artículo

181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en los cuales se solicitó a la Corte, como petitorio final:

Determine qué sentido debe atribuirse a las referidas normas, en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Con relación al fondo del asunto objeto del recurso de interpretación, conforme lo resumió la sentencia *Referéndum Consultivo I*, los directivos de la Fundación recurrente plantearon lo siguiente:

Existen dos posiciones en cuanto a la forma como deba convocarse la Asamblea Constituyente: Una Primera, propuesta por el Presidente Electo (la cual ha sido señalada ya anteriormente), quien considera que basta la convocatoria del referendo previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria”.

Concluyeron los solicitantes señalando que:

Sin pronunciarnos por ninguna de las dos posiciones antes enunciadas, consideramos que la propuesta del Presidente Electo se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución (...) por lo que no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos (...) sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución de la República tal y como lo estamos solicitando.

La Sala Político Administrativa, al decidir sobre su competencia para conocer del recurso de interpretación que le fue interpuesto, en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* precisó el alcance del recurso, conforme a su propio criterio, en los términos siguientes:

Se ha interpuesto recurso de interpretación en relación con los artículos 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política y 4 de la Constitución de la República, a los fines de que la Sala emita pronunciamiento acerca del alcance de la primera de las normas invocadas, en el sentido de precisar si, a través de un referendo consultivo, se puede determinar *la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanismo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente.

Luego, en la misma sentencia, la Corte precisó la doble cuestión que ya hemos señalado y que estaba planteada en el recurso de interpretación:

Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.

Precisamente por ello, a pesar de que el recurso de interpretación se interpuso conforme al artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política respecto del artículo 181 de la misma Ley Orgánica, en virtud de que los recurrentes exigieron que la interpretación solicitada debía implicar su adecuación al artículo 4 de la Constitución, la Corte precisó que en todo caso de interpretación de una ley, como acto de “ejecución directa de la Constitución”, debía atenderse “en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente”, debiendo tenerse en cuenta y conciliando la decisión “con el orden constitucional”.

Es decir, la Corte consideró que “en nuestro Estado constitucional de derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional” la interpretación de la ley y de la Constitución:

Conducen a una interpretación constitucional -que no interpretación de la Constitución- en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta.

La Corte Suprema, en consecuencia, en este caso fijó la técnica interpretativa que utilizaría para resolver la cuestión planteada: interpretar el ordenamiento jurídico, más que interpretar la Ley Orgánica aisladamente, “combinando principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho”.

En todo caso, en la sentencia *Referéndum Consultivo I*, después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, la Corte precisó el dilema que tenía que resolver, así:

El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del poder constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el poder constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado.

De este dilema concluyó la Corte señalando que:

Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que poder constituyente y poder constituido se identifican y que el poder constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del poder constituyente.

La verdad es que de estos párrafos no se entiende constitucionalmente la conclusión del dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional que planteó la Corte, pues la Constitución siempre es la obra del poder constituyente que la ha sancionado; y fue ese poder constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo sólo podría actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que es obra del poder constituyente.

Este, el poder constituyente, al dictar la Constitución, era el que ha resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, la cual no se verifica en forma alguna, por los poderes constituidos, sino por el poder constituyente instituido en la propia Constitución de 1961, que se manifiesta finalmente mediante un referendo aprobatorio de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución), que implicaba la manifestación directa y final del pueblo soberano. No era acertado, por tanto, como lo hizo la Corte en la sentencia, confundir el poder constituyente instituido de reforma de la Constitución con los poderes constituidos, los cuales no podían reformarla en ningún caso.

Pero al final, en la decisión *Caso Referendo Consultivo I*, que la Corte Suprema adoptó “de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, lo que la Corte hizo fue formular esta declaración:

La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referendo consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Es decir, la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, muy lamentablemente, no sólo no resolvió de manera expresa el dilema constitucional que se le había planteado y que ella misma había identificado, sino que se limitó sólo a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en efecto, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del cuerpo electoral sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

La verdad es que para decidir eso no era necesario producir tan extensa decisión, ni argumentar demasiado jurídicamente, integrando el ordenamiento jurídico, incluso la Constitución, pues era evidente que la convocatoria de una Asamblea Constituyente era y es una materia de especial trascendencia nacional conforme a lo indicado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En consecuencia, nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le había sido planteado, es decir, en definitiva, si para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución.

En realidad, sobre este asunto, tanto en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* como en la *Caso Referendo Consultivo II*, la Sala llegó a la conclusión de que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,

Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se de cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido.

De este párrafo, sin duda, surgía una perplejidad en el sentido de que lo que derivaba de la afirmación de la Corte Suprema, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no

bastaba para efectivamente convocarla y reunirla. La consulta popular sólo sería un mandato político obligatorio, conforme al criterio de la Corte, para que los órganos del Poder Público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las de una revisión constitucional (reforma o enmienda), era que la consulta popular sería efectiva.

El tema de los órganos del Poder Público *competentes* para implementar los resultados de la consulta popular, por supuesto, entonces se convertía en crucial, pues de acuerdo con la Constitución, que es parte del “orden jurídico vigente”, el único órgano del Poder Público competente para efectuar las modificaciones necesarias al ordenamiento jurídico para establecer el régimen jurídico de la Asamblea Constituyente, era el poder constituyente instituido (Reforma constitucional), que combinaba la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* como la Caso *Referendo Consultivo II*, dejaron abierta la discusión constitucional.

Como ya lo hemos analizado detenidamente con anterioridad y, además, en otro lugar¹³, la Corte Suprema de Justicia, al dictar su nada precisa y más bien ambigua decisión del 19 de enero de 1999¹⁴, abrió la vía jurídico-judicial para la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta institución estuviese prevista en la Constitución de 1961, vigente en ese momento, como un mecanismo de revisión constitucional¹⁵.

Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio comienzo al proceso que condujo al golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Constituyente y, casi un año después, a que los nuevos titulares del Poder Público decretaran su propia extinción.

Esa sentencia, en medio de su ambigüedad, a pesar de estar plagada de citas de todo tipo, de libros viejos y nuevos, sin mucho concierto, de consideraciones generales sobre el significado del poder constituyente originario y derivado, totalmente innecesarias, salvo para originar confusión e interpretaciones variadas; y de precisiones sobre el derecho ciudadano a la participación política como inherente a la persona humana; no llegó a resolver lo esencial de la interpretación que le había sido requerida.

A la Corte se le había consultado mediante un recurso de interpretación en relación con las normas sobre referendos de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, sobre si para convocar una Asamblea Constituyente era o no necesario reformar previamente la Constitución de 1961, para regularla en su texto. La Corte Suprema, sin embargo, sólo dijo que se podía consultar al pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre si para convocarla debía o no previamente reformarse la Constitución de 1961 para regular dicha institución en la misma.

La ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, como hemos dicho, en la práctica fue suplida por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales fueron los que abrieron efectiva e insólitamente dicha vía hacia el proceso constituyente, al “informar” en grandes letras que supuestamente, la Corte Suprema de Justicia había decidido que se podía proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente para revisar la Constitución, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961, que la regulara¹⁶.

¹³. Véase Allan Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999.

¹⁴. Véase el texto íntegro de la sentencia en *Idem*, pp. 25 a 53 y en esta *Revista*, pp. 56 a 73.

¹⁵. Véase Jesús María Casal, -La apertura de la Constitución al proceso político-, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2000, pp. 127 y ss.

¹⁶. *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, p. 1-15. El titular de primera página del diario *El Nacional* del 20-01-99 rezó así: -CSJ, considera procedente realizar un referéndum para convocar la Constituyente-; el titular del cuerpo de *Política* del mismo diario, del 21-01-99, rezó así: -No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum- y el del día 22-01-99 rezó así: -La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente-. Véase los comentarios coincidentes de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 63.

En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un “triunfo” jurídico¹⁷, y la incredulidad y duda de otros, que no encontraban la “decisión” que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La verdad es que, como lo advertimos en su momento¹⁸, eso no había sido lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Política Administrativa del 19 de enero de 1999. La Corte, en efecto, como hemos dicho anteriormente, debía decidir un recurso de interpretación de las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre referendos, en el cual se le habían formulado *dos preguntas* muy precisas: *primera*, si se podía convocar un referendo relativo a una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; y *segunda*, si se podía convocar dicha Asamblea para dictar una nueva Constitución, sin que se reformase previamente la Constitución de 1961, la cual no preveía la existencia de dicha Asamblea.

La Corte, como ya lo hemos analizado anteriormente, resolvió claramente sólo la primera pregunta, pero simplemente, *no se pronunció sobre la segunda*.

Esto lo confirmó *ex post facto* con claridad, la magistrada Hildegard Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte Plena de 14-10-99 (Caso *Impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*) al afirmar que en aquella sentencia de 19-01-99, la Sala:

Únicamente se limitó a establecer la posibilidad de consulta al cuerpo electoral sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente sin reformar la Constitución.

Es decir, la sentencia se limitó a señalar que para realizar un referendo sobre el tema no era necesario reformar previamente la Constitución; pero la Sala no se pronunció sobre si luego de realizada la consulta referendaria, para poder convocar efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente, que no estaba regulada en norma alguna, como mecanismo para la revisión constitucional, debía o no reformarse la Constitución de 1961 precisamente para regularla en ella como uno de dichos mecanismos.

Esta carencia, como se dijo, la suplió la “opinión pública” manifestada en los mencionados titulares de prensa antes mencionados, que seguramente se redactaron con él animo de querer expresar lo que en criterio de los periodistas debió haber sido lo que debía haber decidido la sentencia, que no lo fue. En todo caso, la prensa interpretó así lo que podía considerarse que opinaba y esperaba la mayoría opinante del país, pues de lo contrario, quizás en ese momento el país se encaminaba a un conflicto abierto de orden constitucional: la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, como lo quería y había prometido el recién electo Presidente de la República y como lo había formulado en su voluntarista Decreto N° 3 de 2 de febrero de 1999, sin que la Constitución vigente para el momento (la de 1961) previera tal Asamblea y permitiera tal convocatoria. Ello hubiera constituido, en sí mismo, el golpe de Estado.

Por tanto, a pesar de que la sentencia no resolvió el problema jurídico que se le planteó, al suplir la opinión pública esa falsa, ninguna duda política quedó en la práctica, dejando entonces de tener mayor sentido todo planteamiento sobre la posibilidad constitucional o no, no sólo de la convocatoria al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente, sino de su elección posterior para dictar una nueva Constitución en sustitución de la de 1961. La decisión de la Corte Suprema, sin decirlo, contribuyó a resolver fácticamente la controversia y así cesó del debate constitucional en tal sentido, pasando la controversia constitucional a otros terrenos.

¹⁷. Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto N° 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que:

-b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental;

c) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad-. (*Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99).

¹⁸. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 66 y ss. Véase, además, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 85 y ss.

III. LA APERTURA DE LA “CAJA DE PANDORA”¹⁹ CONSTITUYENTE POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como se ha dicho, si bien en las decisiones de las sentencias Caso *Referendo Consultivo I* y Caso *Referendo Consultivo II*, la Corte Suprema no resolvió definitivamente la discusión constitucional, sino que la dejó abierta, si debe señalarse que en la parte motiva de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, la Corte hizo una serie de consideraciones sobre el poder constituyente y las revisiones constitucionales que tocaron aspectos esenciales del constitucionalismo y que permitían vaticinar una posición jurídica futura en caso de nuevos conflictos, por lo cual estimamos necesario estudiarlas.

En *primer lugar*, la Corte Suprema trató el tema de la democracia directa. En efecto, al referirse al artículo 4º de la Constitución lo interpretó conforme a lo que consagraba, que no era otra cosa que el principio de la democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos. Pero frente a este principio constitucional, la Corte, en su sentencia, se refirió sin embargo al principio de la democracia directa, señalando que:

Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce.

De esta apreciación sobre la democracia directa, que la sentencia confundió con democracia participativa, que contrasta con el principio de la democracia representativa que adoptaba la Constitución, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tenía el pueblo de manifestarse directamente y no a través de representantes, en la forma siguiente:

De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer *sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación*. La Constitución ha previsto a través de sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para *su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes*. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo.

Conforme a este razonamiento de la Corte, resultaba entonces, sin duda, la posibilidad de efectuar un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no resulta posibilidad alguna de que mediante una consulta se pudiera “crear” y regular con rango constitucional y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometiera la reforma constitucional, pues, precisamente, era la Constitución *la que regulaba expresamente* que la reforma constitucional debía realizarse por el poder constituyente instituido²⁰ mediante la participación de representantes electos integrantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un referendo aprobatorio (art. 146 de la Constitución). Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución estábamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indicó la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló *expressis verbis* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un referendo aprobatorio.

¹⁹. De Pandora se dice que fue -la primera mujer, según el mito griego, que abrió una caja que contenía todos los males y estos se derramaron sobre la tierra-, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Tomo 2, Madrid 2001, p. 1664. Y la -Caja de Pandora- se define como la -acción o decisión de la que, de manera imprevista, derivan consecuencias desastrosas-, *Idem*, Tomo 1, p. 391.

²⁰. De lo contrario ocurriría un fraude constitucional que, como lo definió G. Liet Veaux, ocurre cuando se produce la revisión de las cláusulas de revisión de la Constitución, con el fin de crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución; en -La fraude à la Constitution-, *Revue du Droit Public*, París 1943, p. 143. Cfr. Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, p. 385.

De manera que, en este caso, conforme a lo que señaló la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse; sin embargo, la misma, si se convocaba, no tenía autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regulaba cómo podía reformarse por el poder constituyente instituido.

Se insiste, conforme al criterio de la Corte, la soberanía popular podría manifestarse directamente “cuando *no existe previsión expresa* de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes”; por lo que, en sentido contrario, cuando existía previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podría manifestarse directamente dicha soberanía popular.

Precisamente en relación con la reforma constitucional, el artículo 246 establecía *en forma expresa* cómo había de manifestarse la soberanía popular a tales efectos, previendo la participación de los representantes electos (Senadores y Diputados) que integraban las Cámaras Legislativas y la participación directa del pueblo soberano mediante un referendo aprobatorio de la reforma constitucional.

Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constituyente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resulta todo lo contrario.

Conforme a la Constitución, el pueblo, mediante sus representantes constituyentes, en 1961 había determinado que la reforma general de dicho texto sólo se podía hacer en un proceso constituyente instituido, donde el pueblo tenía que manifestarse en dos formas: primero, mediante sus representantes, en el Congreso; y segundo, mediante un referendo aprobatorio de la nueva Constitución.

La consecuencia de ello era que todo intento de efectuar una reforma constitucional apartándose del procedimiento constituyente antes indicado, constituía una violación de la voluntad popular expresada en la Constitución. Esta no admitía que se pudiera reformar trastocándose la voluntad popular.

Un referendo aprobatorio, como el que regulaba en la Constitución, después que el Congreso -que estaba constituido por representantes electos popularmente- adoptase la reforma constitucional, no podía ser sustituido en forma alguna por un referendo consultivo, que no era más que eso, una consulta regulada en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 181). Nadie, ni siquiera poder constituido alguno, tenía el poder conforme a la Constitución, para transformar un referendo consultivo establecido en una Ley, en un procedimiento de reforma constitucional.

En tal sentido es que se había planteado que, mediante un referendo consultivo convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, se podría consultar al pueblo sobre si quería o no una Asamblea Constituyente para reformular el sistema político y sancionar una nueva Constitución, pero quedaba pendiente el tema de que, si la consulta arrojaba una votación favorable, ello podía o no bastar para convocarla y atribuirle el poder constituyente. Siempre consideramos que ello no era posible constitucionalmente, pues para que la soberanía popular manifestada en un referendo consultivo se materializase en la convocatoria de una Asamblea Constituyente, el régimen de la Constituyente tenía necesariamente que estar consagrado con rango constitucional. Es decir, sólo la Constitución o una norma de rango constitucional podría establecer, por ejemplo, el carácter de dicha Asamblea (unicameral o bicameral); la forma de elección (uninominal, plurinominal, por cooptación, por representación corporativa); las condiciones de elegibilidad de los constituyentistas; las condiciones de postulación de los mismos (por firmas abiertas, por partidos políticos, por grupos de electores); la duración de su mandato; y sus funciones y poderes, particularmente en relación con los poderes constituidos (Congreso, Corte Suprema de Justicia, Poder Ejecutivo, Poderes estatales, Poderes municipales).

En nuestro criterio, por tanto, siempre consideramos que no bastaba un referendo consultivo para que pudiera convocarse una Asamblea Constituyente, pues el régimen de la misma no podía ser establecido por los poderes constituidos, ni por Ley del Congreso, ni por Decreto Ejecutivo.

El referendo consultivo lo que significaba era, sólo, la manifestación de voluntad del pueblo dirigida al poder constituyente instituido para que pudiera proceder a regular la Constituyente en la Constitución, y poder convocarla. Por consiguiente, el poder constituyente instituido -como consecuencia de dicho mandato- debía ser el encargado de reformar la Constitución para regular la Constituyente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 246; reforma que debía someterse a referendo aprobatorio.

En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (referendo consultivo), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un referendo aprobatorio como poder constituyente instituido, de acuerdo con la Constitución, era una violación de la misma y, en consecuencia, del derecho ciudadano a su supremacía constitucional.

Esto, incluso, derivaba de los propios razonamientos de las sentencias *Caso Referendo Consultivo I y II*. En efecto, como se ha dicho, la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* precisó con claridad, sobre el referendo consultivo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiere *vigencia inmediata*, (se refiere a la voluntad popular manifestada a través de la consulta), *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*.

Es decir, la consulta popular debía considerarse en forma inmediata como la manifestación del pueblo (vigencia), pero conforme al criterio de la Corte, ello no bastaba para considerar que tenía eficacia si la consulta conducía a una reforma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, la eficacia de la manifestación de la voluntad popular sólo se producía cuando mediante los mecanismos legales o constitucionales se diere cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referendo consultivo. Un ejemplo aclara el planteamiento formulado por la Corte: imaginémonos que hubiera podido convocarse a un referendo consultivo sobre el establecimiento de la pena de muerte en el país; ello tendría vigencia inmediata, como consulta popular, pero no tendría efectividad sino hasta tanto el poder constituyente instituido reformase el artículo 58 de la Constitución que no sólo regulaba el derecho a la vida como inviolable, sino que prohibía el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido, la eficacia del referendo consultivo solo procedía cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

Siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido.

Por supuesto, las modificaciones al orden jurídico para hacer eficaz la voluntad popular manifestada en el referendo, sólo podían adoptarse por los órganos del Poder Público que tuvieran constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso podía derivar del propio referendo consultivo, a menos que se persiguiera delegar el poder constituyente originario en un órgano de los poderes constituidos, lo que hubiera sido atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, como ya se ha dicho, se insistió en este mismo argumento, pero específicamente referido al referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tenía especial trascendencia nacional:

En la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza.

En esta decisión, sin embargo, se abrieron dos posibilidades concretas para que el referendo sobre la Asamblea Constituyente adquiriera eficacia. En primer lugar, que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñasen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos. En este caso, por supuesto, lo importante era determinar si algún órgano del Poder Público Nacional (Ejecutivo o Legislativo) tenía *competencia* para “diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente” a los fines de reformar la Constitución. La respuesta evidentemente que era negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tenía competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de convocatoria de una Asamblea Constituyente sin duda comportaban modificaciones a la Constitución. Este era el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sistema puramente uninominal para la elección de los constituyenteistas, lo que implicaba la reforma del artículo 113 de la Constitución de 1961, que consagraba el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero, en segundo lugar, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II* planteó la alternativa, como consecuencia de la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de que previamente los órganos del Poder Público Nacional (se refería al Congreso) tomaran la iniciativa de enmienda o de reforma de la Constitución que incluyera la figura de la Asamblea Constituyente.

No se olvide que conforme al mencionado artículo 246 de la Constitución de 1961, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debía aprobar mediante referendo aprobatorio. Ninguna norma autorizaba en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un referendo consultivo, cuyo texto -el de la consulta- se formulase sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que fuera producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impedía que se convocara a un referendo consultivo para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, la Constitución nada regulaba para que una reforma constitucional sólo se derivase de una consulta popular, sin que su texto hubiera sido discutido y sancionado por las Cámaras que integraban el Congreso y luego sancionado mediante referendo aprobatorio.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al poder constituyente manifestado mediante un referendo consultivo, de lo que derivaba la posibilidad de que mediante este se pudiera estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, dedicó un Capítulo (V) a la “técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, cuyo artículo 181 había sido objeto del recurso de interpretación intentado. Conforme al criterio de la Corte:

Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente.

Al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó que el “análisis interpretativo” que hacía, “versa sobre la convocatoria a referendo” y nada más; precisando que la interpretación que realizó no versaba ni se refería “a consulta plebiscitaria”, sobre lo cual agregó:

En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referendo se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante (*Cfr.* Leclercq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París 3^{ème} Edition, p. 137).

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regulaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que quedaba reducido a un referendo consultivo que, como se ha dicho antes, tenía por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión que, por supuesto, normalmente estaba plasmada en un proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el referendo consultivo se refería a un texto o proyecto, que era el que debía someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traducía en un voto de confianza “a un hombre o gobernante” como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca era consultivo sino decisorio; con el plebiscito se le pedía al pueblo que decidiera; con el referendo consultivo se le pedía al pueblo su opinión sobre una decisión que debía adoptar el órgano del Poder Público que formulaba la consulta. Hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Corte concluyó señalando que de dicha norma se desprendía:

La consagración jurídica de la figura del referendo consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales.

Al constatar que la duda planteada por los solicitantes del recurso de interpretación “viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del referendo consultivo”; con el objeto de determinar:

Si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Y luego de analizar las materias que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no pueden someterse a referendo, la Corte concluyó señalando que:

El principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultado a través de este mecanismo.

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte hizo el razonamiento ya referido anteriormente en varias oportunidades, de que el resultado del referendo consultivo *no tenía efectos de inmediato*, sino:

Sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada.

Es decir, el referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse y adquiriría vigencia, pero no era eficaz para reformar la Constitución sino una vez regulada dicha Asamblea

en la propia Constitución o en otro instrumento acorde con la consulta popular como mecanismo político del poder constituyente instituido para hacer la reforma general.

Si bien el razonamiento lógico de la sentencia conducía a la primera conclusión, la misma podía interpretarse también en el segundo sentido, dada la consideración que hizo sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.

Pero, en *segundo lugar*, la Corte Suprema en su decisión también hizo una serie de precisiones sobre el poder constituyente y los poderes constituidos, lo que daría origen a nuevas discusiones jurídicas posteriores.

En efecto, en su sentencia *Caso Referendo Consultivo I* señaló lo siguiente:

El poder constituyente originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del poder constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del poder constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del poder constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es poder constituyente instituido o constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del poder constituyente originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido.

Se refirió así la Corte, en su sentencia, uno de los conceptos esenciales del constitucionalismo moderno, el del poder constituyente originario el cual, a decir verdad, en los Estados constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado como “potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional”. Así concebido, el poder constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que preexiste al derecho que dicho poder crea y ordena en una Constitución.

Sin embargo, este poder constituyente originario, en el mundo contemporáneo es una mera representación histórica. Ese fue, por ejemplo, el que asumieron las Asambleas coloniales norteamericanas para crear, *ex novo*, Estados soberanos y ese fue el que asumió la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, para transformar radicalmente el Estado francés. Así también actuó el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Estados de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capitales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.

Pero una vez constituidos los Estados modernos, el poder constituyente originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación *fáctica*, producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho y de rupturas constitucionales. Las Constituciones, en cambio, lo que reglan es el poder constituyente instituido o derivado, expresando la voluntad popular hacia futuro sobre cómo es que se puede reformar la propia Constitución, por ejemplo, a través de los procedimientos de reforma y de enmiendas.

Distintos al poder constituyente originario y al poder constituyente instituido, son los poderes constituidos; estos son el producto de la voluntad del poder constituyente manifestada a través de la Asamblea, están sometidos esencialmente a la Constitución y no pueden modificarla.

Ahora bien, en cuanto al poder constituyente instituido, es decir, el poder de modificar la Constitución, este es el resultado constitucional de la tensión que deriva de los dos principios señalados que son pilares del Estado Constitucional, ya comentados: el principio de la democracia representativa y el principio de la supremacía constitucional, y que se encuentran insertos en el constitucionalismo desde la primera Constitución de la República francesa de 1791, que estableció:

La Asamblea nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando que es más conforme con el interés nacional usar solamente, por los medios expresados en la propia Constitución, del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, decreta que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión en la forma siguiente...²¹.

²¹. Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechot (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París 1979, pp. 65-66.

En consecuencia, es de la esencia del constitucionalismo moderno tanto el concepto de poder constituyente originario como el de poder constituyente instituido para reformar la Constitución, distintos al de los poderes constituidos, los cuales no pueden reformar la Constitución y se encuentran sometidos a ésta. Por ello, tenía razón la Corte Suprema cuando en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* expresó que:

En este sentido, se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.

Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de Berlia: “que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación”. (Cfr. Berlia, G. “De la compétence Constituyente” en *Revue de droit public*, 1945, p. 353, citado por Pedro De Vega en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 231).

De ello resulta, por tanto, que el poder constituyente tanto originario como instituido no pueden quedar subrogados a los poderes constituidos; y que si bien el poder constituyente originario corresponde al pueblo, éste es el que, como tal, tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes electos en una Asamblea Constituyente, los cuales no pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni la Asamblea Constituyente puede ser confundida en forma alguna con el poder constituyente originario, ni nunca podría ser “soberana”.

Por último, en *tercer lugar*, en el Capítulo de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* relativo a la “técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, la Corte Suprema entró a hacer algunas consideraciones sobre la reforma constitucional confundiendo, lamentablemente, el poder constituyente instituido con los poderes constituidos. En efecto, la Corte señaló:

Nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía, sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado.

Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es, por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 *eiusdem*.

De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de “cualquier otro medio distinto del que ella dispone” y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental.

Ante estas afirmaciones debe dejarse muy claramente establecido que, conforme a la Constitución de 1961, era incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuía a “los poderes constituidos, en función de poder constituyente derivado”.

Al contrario, en la Constitución de 1961 se distinguía con toda precisión, entre los poderes constituidos (de los cuales formaban parte, en particular, a nivel nacional, el Congreso o a nivel estatal, las Asambleas Legislativas), y el poder constituyente instituido para la reforma constitucional que no se podía confundir con aquellos. Una cosa era constatar que algunos poderes constituidos, en alguna forma, participaran en el poder constituyente instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el poder constituyente instituido de reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, lo cual no era correcto.

En efecto, el poder constituyente instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución de 1961, funcionaba como un proceso complejo, con la participación de las siguientes instituciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante referendo aprobatorio.

Así, en la reforma constitucional, por ejemplo, *primero*, debían participar los miembros del Congreso, es decir, los Senadores y Diputados electos. Eran estos, a título de representantes populares individualmente considerados, los que podían tener la iniciativa para la reforma constitucional, siempre que sumasen al menos una tercera parte de los miembros del Congreso. En sentido similar la iniciativa de la reforma también podía partir de los diputados de las Asambleas Legislativas, considerados individualmente como representantes populares, siempre que adoptasen acuerdos en cada Asamblea, con no menos de dos discusiones, por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea, y siempre que se manifestasen en la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas.

Segundo, en el poder constituyente instituido también debían participar las Cámaras Legislativas, es decir, el Senado y la Cámara de Diputados, las cuales, en sesión conjunta convocada con tres días de anticipación por lo menos, debían pronunciarse sobre la procedencia de la iniciativa, la cual sólo era admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

Tercero, una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debía comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se debía tramitar con la participación, en el proceso constituyente instituido, de las dos Cámaras, según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes, quedando excluidos los procedimientos de urgencia; y

Cuarto, por último, en el poder constituyente instituido para la reforma constitucional, también debía participar el pueblo soberano, al cual debía someterse el proyecto de reforma constitucional sancionado para que, mediante referendo aprobatorio, se pronunciase en favor o en contra de la reforma, de manera que la nueva Constitución se declaraba sancionada si era aprobada por la mayoría de los sufragantes de la República.

Como se puede apreciar, por tanto, no es cierto que la Constitución de 1961 atribuyera al Congreso de la República (poder constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco es cierto que la reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuía al poder constituyente instituido en cuya formación participaban, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio.

Siendo errada la premisa de la cual había partido la Corte al confundir el poder constituyente instituido para la reforma constitucional con los poderes constituidos, en nuestro criterio, era igualmente errada la apreciación que formuló en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución de 1961 sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaba dirigido a los poderes constituidos y no al poder constituyente. Al contrario, mientras la Constitución estuviese vigente, el artículo 250 se aplicaba al poder constituyente instituido para la reforma constitucional y era, conforme a los principios de la democracia representativa y de la supremacía constitucional, un freno a la aparición del poder constituyente originario, que solo podría manifestarse *de facto*.

Sin embargo, la Corte Suprema, en su sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, continuó en su línea de razonamiento sobre el poder constituyente originario, no limitado y absoluto, señalando lo siguiente:

Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al poder constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es immanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla.

Tres aspectos deben destacarse de estos párrafos de la sentencia.

En *primer lugar*, la afirmación de que el poder constituyente no estaba regulado por las normas jurídicas que hubieran podido emanar de los poderes constituidos. Ello es evidente y entendemos que nadie lo niega, pues sería contrario al principio de la soberanía popular. Sin embargo, una cosa es que el poder constituyente originario no este sometido a las normas jurídicas que puedan emanar de los poderes constituidos y otra es que el poder constituyente no esté sometido a su propia obra, que es la Constitución. Lo primero nadie lo refuta, pero lo segundo es totalmente refutable pues sería contrario al principio de la supremacía constitucional. Una vez que, en un país, el poder constituyente sanciona una Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que, como lo afirmó la Corte en la misma sentencia “obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella” y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma. Como también lo dijo la Corte en el párrafo antes transcrito, es la soberanía popular la que se convierte en supremacía constitucional cuando aquélla lo decida a través de los mecanismos de participación previstos en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no es cierto que, en la Constitución de 1961, las normas reguladoras de la reforma constitucional estuviesen sólo “dirigidas al poder constituido”. Constituían, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscribía que la Constitución pudiera ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada por las Cámaras Legislativas como poder constituido, pero no podía decirse que sólo estaban dirigidas a los poderes constituidos. Al contrario, esencialmente regulaban al poder constituyente instituido y constituían una autolimitación que el poder constituyente originario se había impuesto.

Por ello, insistimos, la conclusión que se formuló en el último de los párrafos transcritos de la sentencia es precisamente la manifestación de la autolimitación mencionada del poder constituyente originario: la soberanía popular (poder constituyente originario) se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla (soberanía popular, poder constituyente originario) dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla (la soberanía popular).

Y así, efectivamente, cuando se sancionó la Constitución de 1961 el Congreso constituyente en representación de la soberanía popular, decidió ejercerla, y convertir el proceso de reforma constitucional, en supremacía constitucional.

En *segundo lugar*, debe mencionarse, de nuevo, la afirmación de la Corte de que los poderes constituidos pueden ejercer “de manera extraordinaria la función constituyente”. Ello, se insiste, es incorrecto. De acuerdo con la Constitución de 1961, las Cámaras Legislativas como poderes constituidos, jamás ejercían ni ordinaria ni extraordinariamente la función constituyente. Participaban en el poder constituyente instituido, como también participaba el pueblo soberano al aprobar mediante referendo aprobatorio la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los poderes constituidos la función constituyente, había una gran distancia.

En *tercer lugar*, debe destacarse la referencia que hizo la Corte al Preámbulo de la Constitución, como consagradorio de la democracia como sistema político de la Nación, con el reconocimiento de que la soberanía radicaba directamente en el pueblo. Ello llevó a la sentencia a dedicarle un Capítulo (VI) al “Preámbulo de la Constitución”, particularmente por lo que se refiere a la declaración relativa al orden democrático “como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos”.

El Preámbulo, sin duda, constituía expresión de un “proyecto político nacional”, que era el de la democracia representativa que estaba plasmado en el artículo 4 del Texto constitucional de 1961, la cual siempre debía conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informaba todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo, debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, *Caso Referendo Consultivo I*, donde se afirmó, con razón, que “la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla”.

De ello deriva, en *primer lugar*, el principio de autolimitación del poder constituyente originario cuando adopta la Constitución, y convierte la soberanía popular en supremacía constitucional, lo que implica que el pueblo soberano debe también regirse por la Constitución que él mismo ha adoptado.

En consecuencia, la Constitución de 1961 regía incluso para el pueblo, que era quien se había impuesto la autolimitación de que la misma fuera reformada, con su directa participación (referendo aprobatorio), en el poder constituyente instituido.

Pero, en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la sentencia permitía que en caso de que la soberanía popular se manifestase mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un referendo consultivo, a través del mismo pudiera instituirse otra forma de reforma constitucional, cediendo allí el principio de la supremacía constitucional frente a la soberanía popular.

Este, en definitiva, fue el punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional busco darle al conflicto que estaba planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regulaba expresamente la Asamblea Constituyente como poder constituyente instituido para la reforma constitucional, la misma podía ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante referendo consultivo regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

Por último, en *cuarto lugar*, en el Capítulo VII de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, la Corte se refirió al “derecho a la participación” a los efectos de considerar que conforme al artículo 50 de la Constitución de 1961, el derecho a la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente era un derecho no enumerado o implícito, inherente a la persona humana²².

Esta conclusión de la Corte derivó de la integración de la laguna constitucional originada en la no enumeración expresa de tal derecho, considerando en general, que:

El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución.

Por ello, sin duda, para que quedase reconocido el derecho a la participación y para realizar un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, no era necesario realizar reforma constitucional alguna.

Ahora bien, la Corte, en su sentencia, al considerar el referendo como un derecho inherente a la persona humana, señaló que:

Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológica-mente, ya que, si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política.

De este párrafo, sin embargo, de nuevo surge la observación que ya hemos efectuado: la reforma constitucional prevista en la Constitución no se atribuía al poder constituido como impropriamente se afirmó en la sentencia, sino al poder constituyente instituido en cuya conformación participaban los representantes y las Cámaras Legislativas, pero también participaba el pueblo directamente mediante referendo aprobatorio.

Por lo demás, y salvo esta precisión, la conclusión del párrafo es evidente: conforme al criterio de la Corte no era necesaria reforma constitucional alguna para que se pudiera reconocer como derecho constitucional al referendo o la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente. En realidad, ese no era el problema; este resultaba de la secuela de la consulta popular.

Ahora bien, si la mayoría (que había que determinar si era sobre los electores inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtenía él “sí” para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, como lo dijo la Corte en las dos sentencias analizadas, ello tenía “vigencia inmediata” en cuanto a mandato popular obligatorio para los órganos del Estado. Ese mandato popular, sin embargo, en sí mismo no tenía eficacia, como lo afirmó la Corte en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, sino:

Cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo *procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente*, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso.

He aquí el problema jurídico que quedaba por resolver y que dependía de la forma cómo se hiciera la consulta popular o de la manera cómo se manifestara la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el referendo consultivo, se manifestare a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, venía ineludiblemente la tarea de establecer formalmente el régimen de la misma por los órganos del Poder Público Nacional *con competencia* para ello, los cuales debían, obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos*, dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referendo.

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal que estaba vigente no había atribución de competencia alguna, a órgano alguno del Poder Público Nacional, para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente con poder para reformar la Constitución de 1961 por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la misma.

Ese régimen no podía establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se preguntase expresamente sobre los diversos elementos que

²². Claudia Nikken argumentó, con razón, que considerar que el referendo consultivo es un derecho inherente a la persona humana se tradujo por un artificio que sirvió para justificar que la Corte Suprema de Justicia admitiese que se trataba de una vía de ejercicio del poder constituyente, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...cit.*, p. 376. Cfr. M.E. Lares, *Contribution à l'étude du processus constituant vénézuélien de 1999*, OEA de droit public interne, Université Panthéon Sorbonne (Paris I), Paris 1999, p. 47.

configuraban dicho régimen (carácter, número de miembros, forma de elección, condiciones de elegibilidad, duración, mandato acorde con la Constitución vigente) y sobre el órgano del Poder Público que debía regular la Constituyente. Sin embargo, en dicho régimen no se podían establecer condiciones de elegibilidad de los constituyentistas distintos a los previstos en el artículo 112 de la Constitución; ni un sistema electoral totalmente uninominal, por ejemplo, que no garantizase el derecho a la representación proporcional de las minorías, como lo preveía el artículo 113 de la Constitución.

Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que, en la Constitución de 1961, la competencia la tenía el poder constituyente instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución.

Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, expresamente se refirió a las dos vías que se abrían para hacer efectivo el referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La *primera*, era que “los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente”, por supuesto, conforme a los términos de la consulta. Para que esta primera vía fuera factible, tenía que existir en el ordenamiento jurídico la atribución de *competencia* a algún órgano del Poder Público Nacional para establecer el régimen de una Constituyente para modificar la Constitución en una forma distinta a la prevista en los artículos 245 y 246 de la Constitución, y esa atribución no existía. La única posibilidad que quedaba, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, era que en la propia consulta popular no sólo se formularan las preguntas sobre el régimen de la Constituyente, sino se inquiriera al pueblo sobre el órgano del Poder Público que debía formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implicara modificaciones a la Constitución que estaba vigente.

La *segunda*, como alternativa, era que previamente a la convocatoria efectiva de la Asamblea Constituyente, los órganos del Poder Público Nacional “tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea Constituyente”; lo cual resultaba necesario si el régimen de la Constituyente implicaba reformas a la misma Constitución (por ejemplo, conforme a lo señalado, a los artículos 112 y 113).

La Corte, en definitiva, lo que resolvió fue la constitucionalidad del referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente la constitucionalidad de su convocatoria sin que se estableciera previamente su régimen mediante una reforma constitucional. Textualmente expresó una de dichas sentencias, al interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que fue la norma que constituyó el fundamento del Decreto, lo siguiente:

Se desprende así del texto aludido (Art. 181 LOSPP), la consagración jurídica de la figura del *referendo consultivo* como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la *consulta* popular. (Sentencia *Caso Referendo Consultivo I* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche)

En dicha sentencia se expresó, además, lo siguiente, a propósito del referendo consultivo:

A través del mismo puede ser *consultado el parecer* del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

La otra sentencia de la Sala, de la misma fecha, señaló lo siguiente:

Sí es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política *para consultar* la opinión mayoritaria respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo”. (*Caso Referendo Consultivo II* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi)

Sin embargo, todos los argumentos de la motivación de las sentencias apuntaban a que, dependiendo de cómo se hiciera la consulta popular, se legitimase posteriormente el instrumento político de la Asamblea Constituyente convocada para reformar la Constitución, incluso sin que se produjese una reforma constitucional previa²³.

²³ La Corte Suprema de Justicia, en definitiva, como lo dijo Claudia Nikken, validó, de entrada, la decisión de iniciativa presidencial del Presidente electo, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...*, cit., p. 363.

El paso inicial para dilucidar la situación, con el cual se abrió el proceso constituyente, como se dijo, lo dio el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, el día 2 de febrero de 1999, día de la toma de posesión de su cargo, lo que ocurrió sólo semanas después de la publicación de las sentencias comentadas de la Corte Suprema de Justicia. Con dicha sentencia, en definitiva, se abrió el camino para la estructuración de una tercera vía para reformar la Constitución de 1961, distinta a la Reforma General y la Enmienda previstas en sus artículos 245 y 246, como consecuencia de una consulta popular para convocar una Asamblea Constituyente²⁴.

IV. LA CONVOCATORIA AL REFERÉNDUM SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS INTENTOS DE SECUESTRO DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POPULAR

Las sentencias de 19 de enero de 1999, en todo caso, fueron las que dieron pie para que el Presidente de la República, sin autorización constitucional alguna, en lo que fue su primer acto de gobierno dictado al tomar posesión de su cargo, el 2 de febrero de 1999, emitiera un Decreto convocando un “referendo consultivo” en el cual pretendía que el pueblo no sólo lo autorizara a convocar la Asamblea Constituyente sino que lo autorizara a él mismo y sólo él para definir la composición, el régimen, la duración y la misión de la Asamblea²⁵. Se pretendía, así, que se produjera un referendo ciego sobre una Asamblea Constituyente que nadie sabía cómo se iba a elegir, quién la conformaría, cuáles eran sus poderes, cuál era su misión o su duración. Así se pretendió confiscar el derecho a la participación política, cuyo reconocimiento judicial había sido precisamente, lo que había abierto la vía hacia el referendo consultivo sobre la Constituyente.

Por ello, la discusión sobre si era necesaria o no una reforma constitucional previa para convocar la Asamblea Constituyente, sin duda, después de las sentencias de enero de 1999, había cesado, habiéndose trasladado a otros dos aspectos: primero, sobre quién debía tomar la iniciativa de convocar al *referéndum consultivo* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente: el Congreso o el Presidente de la República; y cuál debía ser el texto de la consulta popular para que el régimen de la Constituyente fuera el producto del Poder Constituyente Originario, es decir, de la manifestación de voluntad del pueblo mediante el ejercicio del derecho a la participación política a través de la consulta popular.

Pronto estos aspectos de la discusión serían enfrentados: el Presidente de la República, el día 02 de febrero de 1999, como se dijo, dictó el Decreto N° 3 mediante el cual tomó la iniciativa de decretar “la realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente” (art. 1). En esta forma, el primer aspecto de la discusión había sido resuelto, y el Congreso ni siquiera tuvo tiempo de comenzar a discutir el tema. Es decir, el Presidente de la República asumió la iniciativa de convocar al referendo.

Pero el segundo punto de la discusión no fue resuelto, pues conforme al criterio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Poder Constituyente Originario (el pueblo) para crear una Asamblea Constituyente con el objeto de reformar la Constitución, mediante un *referéndum consultivo*, debía pronunciarse sobre los diversos aspectos que debían configurar el régimen de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el Decreto N° 3 del 02-09-99 no satisfizo estas exigencias y, al contrario, omitió toda referencia al régimen de la Constituyente, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de delegación al propio Presidente de la República para regular, él sólo, “las bases del proceso comicial” en el que se debían elegir los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente²⁶.

En efecto, la primera pregunta que se proponía en el artículo 3° del Decreto, decía:

PRIMERA: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa?.

Por supuesto, en cuanto a la forma cómo se formuló la pregunta, lejos de ser una consulta al pueblo sobre una decisión que luego debía adoptar un órgano del Poder Público, conllevaba a que se pretendiera que fuera el mismo pueblo el que adoptase la decisión directamente; es decir, el que decidiera. La pregunta era ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente.....?; lo que significaba que responder con un

²⁴. Sobre el referéndum consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política como una ventana abierta para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 95 y ss.

²⁵. Véase el texto del Decreto N° 36.634 de 02-02-99.

²⁶. Véase los comentarios críticos a este Decreto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, op. cit., pp. 229 a 254.

“sí”, era decidir convocar la Asamblea. No se trataba de dar un voto favorable para que se la convocara conforme a un texto o proyecto que estableciera su régimen y que también debía ser objeto de la consulta, como lo dijo la Corte Suprema en las sentencias de 19-1-99, sino convocarla directamente.

Por tanto, con la pregunta lo que se perseguía era que fuera el pueblo, directamente mediante referendo decisorio o plebiscitario, el que convocara la Asamblea Nacional Constituyente, pero sin que dicho órgano existiera, pues no estaba previsto en parte alguna y ni siquiera su creación se derivaba de la propia pregunta al pueblo; y sin que siquiera se estableciera la mayoría requerida para que la supuesta decisión de convocarla fuera considerada adoptada. Pero lo más grave de todo era que al momento de votar no sólo no existía la institución que se pretendía convocar, sino que no se sabía cuál podía ser su régimen o configuración.

Es decir, se le pretendía pedir al pueblo *que convocara* una institución que no existía pues no había sido creada y ni siquiera esbozada en un proyecto, lo que viciaba el acto en su objeto, por ser de imposible ejecución como lo establece el Artículo 19, ordinal 3º la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Simplemente nadie puede convocar una institución que no existe y eso es lo que se pretendía con la primera pregunta del Artículo 3º del Decreto. Por ello, en este caso, se desfiguraba así la noción de referendo consultivo, en abierta violación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En cuanto a la forma como también se formuló la segunda pregunta para el referendo, en el artículo 3º, decía:

SEGUNDA: *¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un acto de gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?*

En este caso, se preguntaba *¿Autoriza usted al Presidente de la República...?*, por lo que tampoco se estaba en presencia de un referendo consultivo, sino de un referendo también decisorio, por “autorizatorio”, que tampoco preveía ni regulaba el ordenamiento jurídico.

En ese caso, responder con un “sí” significaba autorizar al Presidente de la República para que hiciera algo para lo cual no tenía competencia constitucional, sin que el pueblo siquiera le fijase algunos parámetros de actuación; lo que equivalía a hacerlo supuestamente depositario del poder constituyente originario, cuya expresión a través de una Asamblea Constituyente quedaba a su completa discreción “oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos” innominados y escogidos también a su arbitrio.

En relación con esta segunda pregunta del Artículo 3º del Decreto, debe señalarse que debiendo tratarse de un referendo consultivo, conforme a la interpretación que le dio la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia al Artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el texto de la pregunta debió contener los elementos necesarios y fundamentales para poder configurar, como producto de la soberanía popular, el régimen de la Asamblea Constituyente para poder convocarla.

Al contrario, se pretendía que el pueblo *autorizase* al Presidente de la República para que mediante un “acto de gobierno” (término erróneamente utilizado, según la doctrina sentada por la Corte Suprema) fuera el que fijase “las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo cual, además, desde el punto de vista lógico conforme a la pregunta, debía hacer *después de ser autorizado* por el referendo. Se pretendía así, que mediante un referendo decisorio no previsto en la Ley, el pueblo soberano renunciase a su derecho a participar y delegase o transfiriera al Presidente de la República, sólo, sin siquiera la participación del Consejo de Ministros, para que éste fuera el que fijase posteriormente al referendo, “las bases del proceso comicial” para elegir a los integrantes de la Asamblea Constituyente que constituía parte del régimen de la misma, es decir, las condiciones de elegibilidad, la forma de postulación y las condiciones para la elección. Con ello se pretendía trasladar el poder constituyente al Presidente de la República lo cual era inconstitucional, por no tener competencia para ello.

Pero volviendo a la primera pregunta prevista en el artículo 3 del Decreto Nº 3, al someterse a decisión del pueblo el convocar la Asamblea Nacional Constituyente, se precisaba que el objeto o propósito que tendría la que se convocara, si resultaba un “sí” mayoritario (sin saberse en qué proporción), sería la de “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento de una democracia social y participativa”.

De acuerdo con esta pregunta, por tanto, la Asamblea Constituyente que se pretendía convocar popularmente, tenía una misión distinta a la Asamblea Constituyente que conforme a la sentencia de la Corte Suprema del 19-01-99 podía resultar de un referendo consultivo, como un mecanismo para reformar la Constitución distinto a los regulados en los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961. La misión de la

Asamblea Constituyente producto del derecho a la participación, conforme a esas sentencias, era reformar la Constitución, por lo que mientras eso no ocurriera, continuaba vigente la Constitución de 1961 y con ella, el régimen de funcionamiento del Estado que ella establecía, es decir, del Poder Público conforme a la forma del Estado federal y a la separación orgánica de poderes. Ambas sentencias lo habían expresado sin que pudiera quedar duda alguna sobre su sentido, ni pretenderse que eran párrafos inexistentes en ellas. Así, en la decisión de la Corte Suprema del 19-01-1999 (Caso *Referendo Consultivo I*) en la que fue ponente el Magistrado Humberto J. La Roche, se estatuyó:

Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder público competentes en cada caso.* Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido.

Por su parte, la sentencia Caso *Referendo Consultivo II* de la misma fecha cuyo ponente fue el Magistrado Héctor Paradisi, concluyó:

Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, *sería factor decisivo para que los Órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza.*

En consecuencia, era totalmente incompatible con una Asamblea Constituyente cuyo mandato era reformar la Constitución, la Primera Pregunta del artículo 3° del Decreto N° 3 que pretendía que el pueblo, mediante referendo decisorio, convocara una Asamblea Nacional Constituyente pura y simplemente “con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, el Decreto N° 3, como acto administrativo que era, fue objeto de impugnación mediante diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad que se ejercieron por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Dichas acciones, sin embargo, fueron declaradas inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala considerando que el Decreto del Presidente de la República convocando la realización del referendo, *no era un acto administrativo recurrible* por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que no producía “efectos externos”. La Sala consideró que se trataba de una simple “solicitud” formulada por el Presidente ante el Consejo Nacional Electoral, órgano que conforme al artículo 184 de la misma Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era al que correspondía poner fin al procedimiento administrativo correspondiente relativo a la convocatoria de los referendos. Es decir, era el que, con su decisión de fijar la fecha de realización del mismo, una vez verificada que la “solicitud” cumplía con los requisitos legales, ponía fin a la vía administrativa y, en consecuencia, era el que podía ser revisado jurisdiccionalmente mediante un recurso contencioso electoral²⁷.

Independientemente de las críticas u observaciones que se podían formular a las decisiones del Juzgado de Sustanciación, al considerar que un Decreto presidencial de convocatoria de un referendo ordenando además las preguntas que debían formularse, no tenía efectos jurídicos “externos”; la consecuencia de la decisión fue entonces, y conforme con la doctrina sentada por el Juzgado de Sustanciación, la introducción por los interesados de sendas acciones de nulidad (con los mismos argumentos de derecho) pero esta vez contra la Resolución N° 990217-32 del Consejo Nacional Electoral de 17-02-99 dictada en conformidad con el mismo Decreto N° 3 del Presidente de la República, que a su vez había reproducido íntegramente su texto y había fijado la realización del referendo para el día 25-04-99. Una de dichas acciones de nulidad, fue la decidida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18-03-99, mediante la cual el Supremo Tribunal, conforme a lo antes dicho, anuló la Segunda Pregunta de la convocatoria al referendo²⁸.

²⁷. El primero de los autos del Juzgado de Sustanciación, en el sentido indicado, fue dictado el 02-03-99.

²⁸. Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185 y en esta *Revista*, pp. 73 a 83.

En efecto, el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional Electoral el 17 de febrero de 1999, contenido en la Resolución N° 990217-32²⁹, conforme a lo decidido por el Presidente de la República en el Decreto N° 3 antes mencionado, había resuelto:

Primero: Convocar para el día 25 de abril del año en curso, el referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, *de conformidad con el Decreto N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999 de fecha 02-02-99*, dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

Este acto administrativo,³⁰ ante todo, estaba viciado en su causa al fundamentarse en el mencionado Decreto N° 3 de 02-02-99, el cual, al igual que la Resolución, era ilegal e inconstitucional pues violaba los artículos 3, 4, 50, 117 y 139 de la Constitución y los artículos 181 y 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; estaba viciado de desviación de poder; era ineficaz y de imposible ejecución, lo que lo hacía nulo conforme al artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en definitiva, por configurarse, en sí mismo, como un instrumento que podía conducir a un fraude a la Constitución.

En efecto, la Resolución del Consejo Nacional Electoral, al ordenar que se realizase el referendo “de conformidad con el Decreto N° 3 de fecha 02-02-99”, es decir, tomando en consideración las bases establecidas en el mismo, no convocaba en realidad un referendo consultivo, que era el único que autorizaban los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino que desviando los poderes que derivaban de lo dispuesto en dichas normas, y contrariándolas, tanto el Presidente de la República en Consejo de Ministros como el Consejo Nacional Electoral, en definitiva, se habían valido de las normas que regulaban la figura del referendo consultivo en dicha Ley, pero para convocar un referendo decisorio, autorizatorio o plebiscitario, cuando ello no estaba autorizado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política³¹.

Con motivo de la impugnación en vía contencioso administrativa de dicha Resolución del Consejo Supremo Electoral, en sentencia de la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de fecha 18 de marzo de 1999 (Caso *Gerardo Blyde*), anuló la segunda pregunta que pretendía delegar en el Presidente dictar el Estatuto de la Constituyente contenida en el Decreto N° 3 y en la consecucional Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 990217-32 del 17 de febrero de 1999³², considerando que ello violaba el derecho a la participación política de los ciudadanos al excluirlas del mecanismo del *referéndum consultivo*³³. La Corte Suprema en dicha sentencia (Ponente Magistrado Hermes Harting), exigió, así, que también se sometiera a consulta popular el propio “estatuto” de la Asamblea Constituyente (sistema de elección, número de miembros, misión, régimen y duración), para que el pueblo, se pronunciara sobre ello.

En efecto, en la sentencia, la Sala declaró *con lugar* el recurso que se había interpuesto contra la mencionada Resolución del Consejo Nacional Electoral y, en consecuencia, *anuló* la segunda pregunta destinada al *referendo* convocado, contenida en dicha Resolución³⁴. Los argumentos en los cuales que se basó la Sala Político Administrativa fueron que dado que la pregunta del referéndum era “sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente”, de acuerdo al derecho a la participación política que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, habían permitido que mediante un referendo consultivo se originase el mecanismo de la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; debía necesariamente procederse “a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general”. En consecuencia, al haber ignorado la pregunta segunda tales postulados, y

²⁹. Véase Allan R. Brewer-Carías, -Comentarios sobre la inconstitucional convocatoria a referendo sobre una Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999-, *Revista Política y Gobierno*, FUNEDA Vol. I, N° 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

³⁰. Curiosamente dicha Resolución no fue publicada en la *Gaceta Oficial*. La referencia a la misma sólo aparece en las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral de marzo de 1999 publicadas en *Gaceta Oficial* N° 36.669 de 25-03-99.

³¹. Véase el texto del recurso de inconstitucionalidad que interpusimos ante la Corte Suprema en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, op. cit., pp. 255 a 321.

³². Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -Comentarios sobre la inconstitucional convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999-, en *Revista Política y Gobierno*, FUNEDA, Vol. I, N° 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

³³. Véase los comentarios a la sentencia y el texto de la misma, así como de su aclaratoria, en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea....* op. cit., pp. 117 a 217 y en esta Revista, pp. 73 a 85.

³⁴. Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente,

la Corte Suprema concluyó considerando que dicha pregunta segunda era inconstitucional,

por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara.

En definitiva, sobre si debía o no garantizarse el derecho a la participación política en la formulación del “estatuto” de la Asamblea Nacional Constituyente (las llamadas bases comiciales), que el Presidente de la República había querido confiscar, al pretender que el pueblo le “delegara la potestad de formular, él solo, exclusivamente, dichas “bases”, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 18 de marzo de 1999, rechazó tal pretensión presidencial, anulando la Resolución N° 990217-32 de 17 de febrero de 1999 del Consejo Supremo Electoral que reproducía las preguntas que el Presidente había formulado; o sea, consideró indirectamente que el Decreto del Presidente había sido inconstitucional como lo habíamos alegado y, en definitiva, ordenó que las mismas bases comiciales debían someterse a la consulta popular, y debían ser aprobadas por el pueblo.

En todo caso, la decisión de la Sala Político Administrativa obligó tanto al Presidente de la República como al Consejo Nacional Electoral a reelaborar la segunda pregunta del *referéndum*, en la cual se enumeraron las *bases comiciales* que regulaban el estatuto de la Asamblea, que debían someterse a la consulta popular³⁵. En cuanto al Presidente, éste, anticipándose quizás a lo que quizás ya sabía que venía en dicha decisión judicial, una semana antes tuvo el cuidado de emitir un nuevo acto administrativo³⁶ el cual, sin la menor duda, también era un Decreto (aún cuando sin ese nombre y sin número)³⁷ mediante el cual ordenó publicar en *Gaceta Oficial* una propuesta del Ejecutivo Nacional fijando las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, para ser *sometida para la aprobación del pueblo en el referendo* convocado.

Con este Decreto, sin duda, el Presidente sin decirlo expresamente, había modificado el Decreto N° 3 de 02 de febrero de 1999, eliminando entonces la segunda pregunta que buscaba que se le delegara la fijación de las bases comiciales. Reconoció, así, el Presidente de la República el error constitucional que había cometido, como se había denunciado; y ello obligaba, por tanto, al Consejo Nacional Electoral a modificar la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99, a los efectos de *incorporar a las preguntas del referendo* los elementos contenidos en las bases mencionadas que conformaban el régimen o estatuto de la Constituyente, y permitir así, al pueblo, ejercer su derecho a la participación.

El Presidente de la República, en esta forma, acogió las objeciones fundamentales que se le había y que habíamos formulado respecto del Decreto N° 3 y de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la no inclusión en las preguntas contenidas en dichos actos administrativos, de las bases del régimen de la Constituyente. Correspondía después al Consejo Nacional Electoral, modificar la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99 para que, con la autorización de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 239 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se incorporase a las preguntas del referendo el régimen de la Constituyente, en la forma de consulta popular.

Por otra parte, debe destacarse que en la sentencia de 18-3-99, además, la Sala Político Administrativa argumentó y decidió que el referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era un referendo eminentemente consultivo, es decir, que tenía por objeto conocer la opinión o el parecer del pueblo sobre determinada cuestión o texto, y que, por tanto, con fundamento en dicha norma no se podía convocar un referendo autorizatorio y, por supuesto, tampoco un referendo decisorio.

³⁵. Véase el texto de las bases propuestas por el Presidente en la -Orden- de 10-3-99 publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.660 de 12-03-99 y las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral N° 990323-70 y 990323-71 de 23-03-99 (*Gaceta Oficial* N° 36.669 de 25-03-99) y N° 990324-72 de 24-03-99 (*Gaceta Oficial* N° 36.672 de 30-03-99).

³⁶. Véase el -Aviso Oficial- publicado en *G.O.* N° 36.658 de 10-03-99, que contiene la -orden- de: *Publicación de la propuesta del Ejecutivo Nacional que fija las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, analizada en el Consejo de Ministros del 9 de marzo de 1999, la cual será sometida para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el 25 de abril de 1999.*

³⁷. En los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por ello, incluso, la Corte, al resolver y declarar la nulidad de la pregunta segunda del referendo, se refirió a la pregunta primera contenida en la Resolución que había sido impugnada, aún cuando la misma no había sido objeto de impugnación por el recurrente. Sin embargo, la Corte consideró que era:

Menester referirse a la primera de las preguntas formuladas que deberán responder los votantes, a fin de fijar el marco referencial e interpretativo bajo el cual ha de estudiarse la segunda pregunta;

y, en consecuencia, la interpretó acorde con la Constitución, derivando que en la misma -a pesar de su redacción- no se estaba convocando a un referendo decisorio, sino eminentemente consultivo.

Es decir, la Corte estableció clara y expresamente, a pesar de la forma de redacción de la misma, su carácter propio de un referendo consultivo. Señaló así la Corte, en relación con la primera pregunta, que:

Esa primera cuestión está dirigida a indagar sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente... Con tal iniciativa se pretende, entonces, *conocer la opinión* de los electores en cuanto a una materia, ciertamente, de especial trascendencia nacional: la conveniencia de convocar una Asamblea Nacional Constituyente;

Es decir, a pesar de que la pregunta, como estaba formulada: *¿Convoca Ud. una Asamblea Nacional Constituyente...?* implicaba un referendo decisorio; la Corte Suprema lo interpretó en el sentido de que el mismo era sólo de carácter consultivo, destinado a indagar o conocer la opinión de los votantes sobre la conveniencia o no de convocar la Asamblea Constituyente.

Por ello, la Corte insistió en que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, (Caso *Referendo Consultivo I y II*), lo que se podía realizar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, era un referendo para ser “consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional”, por lo que concluyó señalando que:

Es perfectamente compatible con la anterior concepción *el interrogar al soberano si está de acuerdo* con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente...

Más adelante, al analizar sus anteriores sentencias del 19-1-99, la Corte señaló que ese:

Ejercicio de soberanía no delegado encuentra su cauce precisamente en los mecanismos de participación política directa, el *referendo consultivo*, entre otros, como manifestación concreta que permite conocer de primera mano, *cuál es la opinión del* cuerpo consultado respecto a determinadas materias de evidente trascendencia nacional.

Por ello, en otra parte de la decisión, al hacer referencia a la anterior sentencia del 19-1-99 (Casos *Referendo Consultivos I y II*), la Corte señaló que:

Se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente.

En tal sentido, insistió la Corte en su sentencia:

Que un mecanismo de consulta directo, llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular.

De ello concluyó la Corte en que:

Entonces, es indispensable, que, formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

Pero, además, sobre el carácter consultivo del referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, la Sala Política Administrativa en su sentencia del 18-3-99, insistió en lo siguiente:

El pronunciamiento de la Sala en fecha 19 de enero de 1999, se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente. En aquella oportunidad la Sala se pronunció, dentro del análisis interpretativo solicitado, diferenciando la figura de referendo contenida en el precepto de la Ley electoral, del mecanismo de consulta plebiscitaria, estableciendo que el primero se refiere a la consulta sobre un texto o proyecto, en tanto que el segundo, esto es, el plebiscito, tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante; y concluyó:

Se desprende así del texto aludido (artículo 181), la consagración jurídica de la figura del referendo consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la consulta popular.

Retomando, entonces, esta apreciación inicial en cuando a la naturaleza de la figura consagrada en la norma antes aludida, reitera la Sala, que dicho mecanismo reviste un *carácter eminentemente consultivo*, a diferencia de otras modalidades bajo las cuales se presentan consultas de tipo autorizatorio dirigidas a delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones.

Precisamente, por ello, por estar, “claro entonces el carácter consultivo del referendo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, la Corte Suprema al:

Dilucidar si la estructura de la segunda pregunta del Referendo fijado por el Consejo Nacional Electoral, por iniciativa del Presidente de la República, se ajusta o no a la figura consagrada legalmente, concluyó señalando con toda precisión que:

Para la Sala, no cabe duda, que el planteamiento contenido en la cuestión segunda *no responde al referendo consultivo* que utiliza de fundamento.

En relación con dicho asunto, la Corte concluyó respecto de la mencionada segunda pregunta que:

Es evidente que, en modo alguno, se está sometiendo al criterio de los electores el examen sobre una materia determinada y específica, por el contrario, lo que se persigue es que se delegue en una sola persona, la decisión sobre ese asunto, lo cual escapa al mecanismo consagrado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y así se declara.

De lo anterior deriva, por tanto, el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo cual no era posible conforme a dicha norma, convocar un referendo ni decisorio ni autorizatorio, sino solo consultivo.

Por ello, precisamente, la Corte anuló la segunda pregunta formulada para el referendo, que regulaba una consulta autorizatoria; y por ello, también, interpretó la primera pregunta redactada en la forma de un referendo decisorio, señalando que sólo podía tratarse de una consulta destinada a “indagar” el parecer o la opinión del pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en el sentido de “interrogar al Soberano si está de acuerdo con la convocatoria” de la misma, lo que, significaba que, conforme al criterio de la Corte, a pesar de la redacción de la primera pregunta, nunca podía derivarse de una respuesta afirmativa de la misma, que se estaba convocando dicha Asamblea.

V. LOS INTENTOS POR RECOGER LOS “DEMONIOS CONSTITUYENTES” DESATADOS Y LA INEFECTIVIDAD EN DEFINIRLE LÍMITES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE CONVOCADA CON FUNDAMENTO EN EL REFERENDO CONSULTIVO

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, además de haber dejado claramente establecido el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su sentencia del 18-3-99 intentó precisar con toda claridad los límites de la Asamblea Constituyente que se podía convocar con fundamento en dicha norma y de acuerdo al derecho a la participación política que deriva del artículo 50 de la Constitución; y ello lo hizo al interpretar la pregunta primera del referendo convocado.

En efecto, la Sala en la misma sentencia que comentamos, dijo que:

La circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo (referendo consultivo) convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio de celebración de una Asamblea Constituyente, *no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.*

De ello se derivan los siguientes postulados en relación con la Asamblea Constituyente cuya celebración se convocó como resultado de un referendo consultivo del 25 de abril de 1999, y cuyos miembros se eligieron el 25 de julio de 1999:

En *primer lugar*, que la estructuración de la misma estaba vinculada al propio espíritu de la Constitución de 1961. Es decir, que la misma era resultado de la interpretación de la Constitución de 1961 y su estructuración tenía que responder al propio espíritu de dicho texto. La Asamblea, por tanto, no estaba autorizada para apartarse del texto de la Constitución de 1961 y mucho menos para violarlo.

En *segundo lugar*, que, durante el funcionamiento y la celebración de la Asamblea Constituyente, seguía en vigor la Constitución de 1961, texto que limitaba la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de que no podía ser desconocido por la Asamblea.

En *tercer lugar*, que la celebración de la Asamblea Constituyente no significaba, en modo alguno, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, es decir, de la organización del Poder Público tal como estaba regulado en la Constitución, tanto en su división vertical (Poder Nacional, Estatal y Municipal), como en la separación orgánica de poderes que existía en esos tres niveles, entre los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

Lo anterior significaba entonces, que, de acuerdo al criterio de la Corte Suprema, la Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron electos como consecuencia del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no podía en forma alguna, durante su celebración y funcionamiento, desconocer, apartarse, suspender o derogar norma alguna de la Constitución de 1961.

Conforme a este postulado, la Sala Político Administrativa interpretó la forma genérica y ambigua del texto de la primera pregunta del referendo, precisando la “finalidad” o misión de la Asamblea en la siguiente forma:

En cuanto al cometido de “la transformación del Estado” a que se refería la primera pregunta, la Sala señaló que ello era:

En base a la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del nuevo Texto Constitucional;

y en cuanto a la creación de “un nuevo ordenamiento jurídico”, como cometido de la Asamblea, ello era con el objeto de:

Que consolide el Estado de derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa, debiendo la *nueva Constitución* satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del derecho constitucional democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos.

De lo anterior se derivaba, por tanto, que la misión y finalidad esencial de la Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueron electos el 25 de julio de 1999, era producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se crease un nuevo ordenamiento jurídico; es decir, que esa misión era para reflejarla en una nueva Constitución; y que en el cumplimiento de esa tarea de proyectar un nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente debía darle primacía al ciudadano; consagrar los derechos humanos como norte del nuevo texto constitucional; consolidar el Estado de derecho a través de un mecanismo que permitiera la práctica de una democracia social y participativa; satisfacer los requerimientos del derecho constitucional democrático; y mantener los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos, lo que no era otra cosa que la distribución vertical del Poder Público (descentralización política y federalismo) y la separación orgánica de poderes.

En este sentido, la sentencia de la Sala reiteró que la futura Constitución, es decir,

El establecimiento de este naciente orden jurídico-político deberá responder -conforme al sentido que se infiere de la redacción de la pregunta- a que el texto constitucional respete, y aún estimule, el desarrollo de aquellos valores que insufla una “democracia social y participativa”, en virtud del principio de progresividad a que está sometida la materia.

En consecuencia, la misión y los cometidos indicados en la primera pregunta del referendo consultivo sólo estaban destinados a guiar la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, como límites a la misma y, en ningún caso, podían dar origen a poderes de la Asamblea, durante su funcionamiento, que pudieran afectar o alterar las regulaciones de la Constitución de 1961. Por ello la Corte fue enfática al señalar que:

Es la Constitución vigente (1961) la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta.

Es decir, lo que había permitido la creación y actuación de la Asamblea Nacional Constituyente convocada como consecuencia de un referendo consultivo efectuado el 25 de abril de 1999, era la Constitución que en ese momento estaba vigente, de 1961, la cual, además, permitía la preservación del Estado de

derecho. Dicha Constitución de 1961, por tanto, no perdía vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual debía encontrar en dicho texto el límite de su actuación, lo que significaba que los poderes constituidos, durante el funcionamiento de la Asamblea, debían continuar actuando conforme a la Constitución que estaba vigente, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente convocada en esta forma no podía legislar, ni gobernar, ni juzgar, funciones que sólo correspondían a las Cámaras Legislativas, al Presidente de la República y sus Ministros y a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, respectivamente. Al final, sin embargo, hizo todo eso, sin constitucional autoridad alguna.

Como lo precisó la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la “aclaratoria” a la referida sentencia del 18-3-99, dictada el 23-3-99³⁸, calificando la afirmación como una “interpretación vinculante”:

La Asamblea Nacional Constituyente, *por estar vinculada al propio espíritu de la Constitución vigente* (1961), está limitada por los principios fundamentales del Estado democrático de derecho.

La Asamblea Nacional Constituyente cuya convocatoria se había permitido realizar por las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia, conforme a las sucesivas decisiones de esta, por tanto, comenzaba a ser definida como una institución limitada, sometida a la Constitución de 1961 cuya interpretación le había dado origen, y sin posibilidad de tener el carácter de poder constituyente originario, el cual en democracia sólo el pueblo lo puede ejercer.

Ahora bien, una vez dictada la sentencia de 18-03-1999, anulándola segunda pregunta del artículo 3º del Decreto presidencial N° 3 del 02-02-99 que ya había sido derogada por el acto administrativo (Decreto sin número) dictado por el propio Presidente de la República, en Consejo de Ministros el 10-03-99; sin embargo, la misma pregunta antes había sido reproducida en la Resolución del Consejo Nacional Electoral que fue el acto impugnado en el juicio de nulidad que concluyó con la sentencia de la Corte Suprema del 18-03-99, y fue la que fue anulada por la Corte, con la orden al Consejo de reformular dicha pregunta, examinando las mencionadas bases y decidiendo sobre su incorporación a las preguntas del referendo consultivo.

En tal sentido, y en cumplimiento al mandato judicial recibido, el Consejo Nacional Electoral, en nuestro criterio, debió haber examinado cada una de las referidas bases. Pero no lo hizo, y reprodujo literalmente la nueva propuesta del Presidente de la República, incurriendo en nuevas inconstitucionalidades.

En efecto, en las mencionadas *bases comiciales*, el Consejo Nacional Electoral había incorporado la base octava tal como venía (Décima) de la propuesta presidencial³⁹, en la cual se había incluido una frase que calificaba a la Asamblea “como poder originario que recoge la soberanía popular”.

Debe destacarse que ello, a su vez, había sido objeto de impugnación ante la Sala, siendo *anulada dicha frase* por la propia Corte mediante una nueva sentencia del 13 de abril de 1999⁴⁰, dictada en ejecución de la anterior, en la cual la Corte precisó que una Asamblea Constituyente electa en el marco del Estado de derecho regulado en la Constitución de 1961, no podía tener los poderes de una Asamblea Constituyente originaria, como los que pretendía el Presidente en su proyecto⁴¹.

Pero ello, por supuesto, no fue pacíficamente aceptado. La Asamblea que debía convocarse e integrarse conforme a los criterios de la Corte Suprema era para reformar la Constitución de 1961, la cual quedaría derogada cuando se aprobara por referéndum el nuevo texto constitucional. Pero mientras ello ocurriera, el tema de discusión era si la Asamblea podía adoptar “actos constitucionales”, o actos constituyentes al margen de la Constitución de 1961 que era la que estaba en vigencia y la que, conforme a la

³⁸. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 186 a 188 y en esta *Revista*, pp. 83 a 85.

³⁹. *Décimo*: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular*, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

⁴⁰. Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea... op. cit.*, pp. 190 a 198, y en esta *Revista*, pp. 85 a 90.

⁴¹. Véase sobre las Bases comiciales propuestas por el Presidente de la República y la decisión de la Corte Suprema ordenando se reformulase la Base Comicial Octava, que contemplaba el carácter originario de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 98 y ss., 104 y ss.

doctrina de la Corte Suprema, le había podido dar nacimiento. En otras palabras, como hemos dicho, se trataba de determinar si la Asamblea tendría carácter de poder constituyente “originario” o si sería un órgano que sólo tendría la misión de elaborar una nueva Constitución como resultaba de las bases comiciales sometidas a aprobación popular el 25-04-99.

Debe señalarse que a pesar de lo poco precisa que fue la Sala Político Administrativa en su decisión de 19-01-99, algunos de los Magistrados que la habían adoptado intentaron precisar, *ex post facto*, en pleno funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que ya había sido electa en julio de 1999, en sendos Votos Salvados que presentaron a la sentencia de la Corte Suprema en Sala Plena de 14-10-99 (Caso *Impugnación del Decreto de la Asamblea Constituyente de Regulación de las funciones del Poder Legislativo*), que en la mencionada sentencia de enero de 1999 y en otras posteriores, nada se había dicho sobre un pretendido carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Constituyente cuya consulta referendaria se había autorizado judicialmente.

En su voto salvado a la sentencia, el magistrado Hermes Harting señaló, en efecto, que las sentencias de 18-03-99, 23-03-99 y 13-04-99, las cuales en su criterio no contradecían la sentencia de 19-01-99, en relación con los poderes de la Asamblea, que:

Patentizan la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente como procedimiento o mecanismo extra-constitucional, *limitado exclusivamente* a la redacción de una nueva Constitución, y cuya *derivación de la Constitución de 1961* lo vincula infragablemente al cumplimiento de los requerimientos del derecho constitucional democrático.

La magistrada Hildegard Rondón de Sansó, por su parte, también en voto salvado, al calificar a la sentencia del 19-01-99 como “el punto de partida de todo el proceso constituyente” -y así había sido-, consideró que la sentencia había reconocido que:

El deseo de lo que se denominara “el soberano” de transformaciones básicas del sistema, podría canalizarse en una modalidad diferente a la prevista en la Constitución vigente, como lo es la manifestación mayoritaria de su voluntad de cambio, a través de un referendo.

Pero las más importantes precisiones sobre el significado de lo que lo que había sido realmente decidido en esta materia en la sentencia del 19-01-99, (Caso *Referendo Consultivo I*), provinieron del Magistrado ponente de la misma, Humberto J. La Roche, quien consideró que las citas y referencias que a la sentencia de la cual había sido Ponente, que se hacían en la sentencia de la Sala Plena del 14-10-99, habían tergiversado el contenido de aquélla, pretendiendo utilizársela indebidamente como fundamento de este fallo. Señaló el magistrado La Roche que:

La confusión reside esencialmente no sólo en considerarla en su verdadero contexto sino en atribuir a la Asamblea Nacional Constituyente el *poder soberano que reside en el pueblo y sólo en este*, el cual, aunque puede ejercerlo a través de representantes ordinarios como el Congreso de la República, o extraordinarios como la Asamblea Nacional Constituyente, *jamás se desprende de él* o, en otros términos, identificando las nociones de poder constituyente y Asamblea Constituyente....

El magistrado La Roche, en esta misma línea, insistió en lo siguiente:

Conviene observar que precisamente, *siendo el pueblo el titular de la soberanía* en el marco del Estado democrático de derecho, *su poder -el constituyente- es el único verdaderamente originario*. En consecuencia, tanto *los poderes constituidos* ordinarios como incluso la propia Asamblea Constituyente -*poder constituido extraordinario*- está conformada por quienes también determine el soberano, *reflejo del Poder Público derivado o delegado*.

Estas precisiones que hizo el magistrado La Roche en octubre de 1999, en realidad, eran las que hubiera necesitado el texto mismo de la primigenia sentencia de 19 de enero de 1999, y que debían haber estado incorporadas en su texto, en aquel momento antes de que se abriera la “Caja de Pandora” constituyente. Si allí se hubiese expresado esta posición con claridad por el propio magistrado La Roche, quien había sido su ponente el 19-01-99, el país se hubiera ahorrado múltiples controversias interpretativas y desviaciones sobre el proceso constituyente. Pero diez meses después ya era demasiado tarde, pues ya la Asamblea Nacional Constituyente había dado el golpe de Estado al intervenir todos los poderes constituidos violando la Constitución de 1961. En todo caso, era tan tarde que el magistrado La Roche tuvo que conformarse con salvar su voto a la sentencia citada de la Corte en Pleno de 14-10-99, lamentablemente en relación con uso, con interpretaciones diferentes, que se habían hecho de la sentencia de la cual había sido ponente el 19-01-99, cuya imprecisión había sido la causa de la misma.

En su Voto Salvado, en efecto, el magistrado La Roche señaló lo siguiente en torno al criterio expuesto en la sentencia de 14-10-99, que no compartía, sobre el pretendido carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Nacional Constituyente:

A los fines de concluir que la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano superior al régimen constitucional vigente, dado su pretendido carácter originario, el fallo del que se disiente cita de manera reiterada la referida sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 19 de enero de 1999. No obstante, las facultades y la naturaleza jurídica que en la nombrada decisión de la Sala se consideran immanentes al poder constituyente, esto es, *al pueblo* como máximo soberano, la sentencia de la Corte en Pleno *las atribuye al órgano elegido* por ese soberano como su representante para ejercer el máximo poder de organización político-jurídica, lo cual es, a todas luces diferente.

Por supuesto que se trataba de asuntos diferentes, pero ello no había quedando claro del texto de la sentencia de 19-01-99; si ese poder constituyente originario correspondía únicamente al pueblo, y nunca a una Asamblea Constituyente integrada por representantes electos del pueblo, como lo expresó el magistrado La Roche en el 14 de octubre de 1999, hubiera quedado expreso en su Ponencia del 19-01-99, la discusión sobre el carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Nacional Constituyente, jamás se hubiera planteado en los términos que dominaron la discusión en el país.

Pero no fue así; al contrario, desde el momento en el cual que se dictó la sentencia del 19-01-99 de la Sala Político Administrativa, la discusión sobre ese supuesto carácter de poder constituyente originario y soberano de la propia Asamblea Nacional Constituyente, que defendía con ardor desafiante el Presidente de la República, se había abierto. La creación de la Asamblea como consecuencia de la sentencia, en todo caso, abría el camino del proceso constituyente sin necesidad de reformar la Constitución. El propio Presidente de la República, por ello, realizó intentos por otorgarle a la Asamblea Nacional Constituyente algún poder constituyente de carácter originario.

Como se ha dicho, el Consejo Supremo Electoral, mediante Resolución N° 990323-71 de 23 de marzo de 1999⁴², en cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de marzo de 1999 antes indicada, resolvió establecer las “bases comiciales para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a Celebrarse el 25 de abril de 1999”, las cuales, en definitiva, eran el “estatuto” de la Asamblea que debía someterse a la votación en el referendo. Por ello, el Consejo, sumiso como siempre a la voluntad presidencial, como se dijo, copió las “bases” que el Presidente había publicado días antes⁴³, anticipándose a la sentencia de la Corte, entre las cuales se establecía el carácter de la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular*”.

Con esta propuesta de “base comicial” que, como se dijo, recogía en su totalidad lo que el Presidente de la República había propuesto y publicado, por supuesto se volvía a plantear la discusión sobre el “tema pendiente” del carácter de poder constituyente originario o derivado de la Asamblea Nacional Constituyente que se iba a elegir.

La referida “base comicial” que pretendía atribuir a la Asamblea Nacional Constituyente carácter de “poder constituyente originario”, como se dijo, fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, y este alto Tribunal, mediante sentencia de fecha 13 de abril de 1999⁴⁴ declaró inconstitucional la frase “como poder originario que recoge la soberanía popular” ordenando su eliminación de las “bases” con fundamento en los siguientes argumentos:

Resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo -reproducida en la Resolución N° 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del Referendo Consultivo, por remisión ordenada en la Resolución N° 990324-72 del 24 de marzo de 1999, ambas dictadas por el Consejo Nacional Electoral-, y específicamente en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente *como poder originario que recoge la soberanía popular, está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999*, citados anteriormente, induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente en su alcance y límites.

⁴². Gaceta Oficial N° 36.669 de 25-03-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 155 y ss.

⁴³. -Propuestas del Ejecutivo Nacional-, Gaceta Oficial N° 36.660 de 12-03-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002 en nota 117, pp. 147 y ss.

⁴⁴. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 162 y ss. y en esta Revista, pp. 85 a 90.

La Corte Suprema de Justicia advertía, así, que una frase de ese tipo no sólo podía inducir a error a los electores, quienes podían pensar que votando afirmativamente en el referendo podían estar atribuyéndole a la Asamblea Nacional Constituyente el poder soberano que sólo puede tener el propio pueblo, no siendo la soberanía delegable; sino que también podía inducir a error a los propios miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que resultasen electos si el referendo aprobaba las bases comiciales, quienes podían llegar a pensar que la Asamblea podía ser detentadora de un poder constituyente originario, sin sujeción a norma alguna, lo cual no era correcto constitucionalmente hablando.

Precisamente para evitar que se produjera tal error, la Corte Suprema había ordenado que se quitara de la “base comicial octava” impugnada la expresión cuestionada de que supuestamente la Asamblea podía considerarse “como poder originario que recoge la soberanía popular”.

No podía entonces haber duda alguna sobre el tema, el cual había sido resuelto expresamente por la Corte Suprema en dicha sentencia, la cual, además había sido dictada en ejecución de la sentencia de fecha 18 de marzo de 1999. La Sala Político-Administrativa determinó con precisión el carácter *no originario* de la Asamblea eliminando la referida frase, teniendo como base para ello los postulados señalados en esta última decisión, en la cual precisó, además, la misión y finalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, y determinó la necesaria vigencia de la Constitución de 1961 durante la actuación de la misma. Sobre esto, tampoco podía haber duda alguna, quedando expresado por la Corte, en la citada decisión del 18-03-99, como ya hemos indicado, lo siguiente:

La circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo, de celebración de una Asamblea Nacional Constituyente, no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la *Constitución vigente*, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho.

Así mismo, la Sala señaló que:

Es la *Constitución vigente* la que permite la preservación del Estado de derecho y la *actuación de la Asamblea Nacional Constituyente*, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta.

Por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente se debía configurar como un instrumento de revisión constitucional y nada más, cuyo producto (la nueva Constitución), incluso, sólo podía entrar en vigencia cuando posteriormente fuera aprobada por el pueblo en referendo. La Asamblea, por tanto, ni siquiera tenía potestad para poner en vigencia la nueva Constitución, precisamente porque no tenía carácter de poder constituyente originario, quedando sujeta a la Constitución de 1961, por lo cual no podía afectar el funcionamiento de los órganos constitucionales constituidos del Poder Público.

Como consecuencia de la decisión de fecha 13 de abril de 1999, la Corte Suprema de Justicia ordenó al Consejo Supremo Electoral, la publicación del nuevo contenido de la “base comicial octava”, el cual, con la corrección impuesta por la Corte se publicó mediante Aviso Oficial; sólo cuatro días antes de la fecha del referendo⁴⁵.

En el referendo del 25 de abril de 1999, por tanto, resultó aprobado el texto de la “base comicial octava”, con la corrección anotada, en la siguiente forma:

Octava: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

Pero conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en otra sentencia posterior, la N° 639 de 3 de junio de 1999 dictada con motivo de la impugnación de la “base comicial tercera” indicada en la Resolución N° 990323-70 de 23 de marzo de 1999 del Consejo Supremo Electoral; una vez aprobadas en referendo, las bases comiciales pasaron a ser “una decisión del cuerpo electoral que aprobó convocar a una Asamblea Nacional Constituyente”.

Conforme a este criterio, las bases comiciales debían considerarse como una manifestación del pueblo, al aprobarlas en el referendo, en ejercicio de su soberanía. Se trataba de una materia que había sido objeto de una consulta popular y que había sido aprobada por el pueblo. Como tal decisión del pueblo, la Corte, en esta sentencia, consideró inadmisibles la acción de nulidad que había sido intentada contra la mencionada

⁴⁵. *Gaceta Oficial* N° 36.684 de 21-04-99.

“base comicial”, por considerar que “la misma ha sido asumida como una decisión propia del cuerpo electoral, en ejercicio del poder constituyente”. Esa “expresión popular” a juicio de la Corte, se había traducido “en una decisión de obligatorio e inmediato cumplimiento”, pues poseía “validez suprema”, situándose el ejercicio del poder constituyente originario sólo en el pueblo, al aprobar en el referendo las referidas bases comiciales.

En efecto, la Corte estimó que el pueblo, como “cuerpo electoral”, al expresarse en el referendo, había actuado como “poder constituyente”, por supuesto de carácter originario, capaz de adoptar decisiones con “validez suprema”.

Estas bases comiciales, por tanto, se podían considerar como de rango constitucional, al haber emanado directamente de la voluntad del pueblo expresada mediante referendo. Por ello, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia del 14 de octubre de 1999, dictada con motivo de la impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, al analizar los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1961 (arts. 245 y 246) e invocar lo que la propia Corte ya había resuelto en Sala Político Administrativa, en la sentencia de 19 de enero de

1999, con motivo de la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sobre el referendo consultivo sobre la Asamblea Constituyente, dijo que la Corte Suprema:

Arribó a la conclusión de que, en ejercicio del derecho de participación a través de referendo, *se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*. Según se desprende de las citadas sentencias existe un *tercer mecanismo constitucional para modificar la Constitución*. Tal mecanismo no es otro que el de la convocatoria, por parte del pueblo -quien detenta la soberanía y no la pierde por el hecho de delegarla- a una Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de junio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y bases comiciales consultadas en el referendo del 25 de abril de 1999. Esas bases por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de *similar rango y naturaleza que la Constitución*.

En esta forma, la Corte Suprema reconoció rango constitucional similar al de la Constitución de 1961, al contenido de las bases comiciales que se aprobaron por referendo el 25 de abril de 1999, donde se regulaba una Asamblea Nacional Constituyente expresamente *sin carácter de poder constituyente originario*, la cual ni siquiera podía poner en vigencia la nueva Constitución que sancionara, sino que ésta debía ser aprobada por el propio pueblo mediante referendo, quien se había reservado ese poder originario.

Ahora bien, conforme a dichas bases comiciales con validez suprema, el Consejo Supremo Electoral, sin embargo, dictó las “Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente”⁴⁶ mediante Resolución N° 990519-154 de 19 de mayo de 1999, en la cual partió del *falso supuesto* de:

Que las bases comiciales contenidas en la Resolución N° 990323-71 de fecha 23 de marzo de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.669 de fecha 25 de marzo de 1999, contenidas en la segunda pregunta del Referendo Consultivo Nacional, celebrado el 25 de abril de 1999, *quedaron aprobadas por el soberano*.

Esta afirmación, en realidad, era completamente falsa, por lo que el Consejo Supremo Electoral, con esta Resolución, le mintió al país, pues en el referendo consultivo no se aprobaron las bases comiciales tal como aparecieron publicadas en la *Gaceta Oficial* de 25 de marzo de 1999, ya que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en su sentencia de fecha 13 de abril de 1999, antes comentada, había introducido la corrección de anular y eliminar una frase de la base comicial octava, precisamente la que rezaba “como poder originario que recoge la soberanía popular”.

Como consecuencia de ello, las bases comiciales que se habían aprobado en el referendo del 25-04-99 habían sido las “corregidas”, publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.684 del 21-04-99, cuatro días antes de su realización, y no las publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.669 del 25-03-99, como con toda falsedad, rayana en la mala fe, lo afirmó el Consejo Nacional Electoral en su Resolución comentada del 19-5-99.

En todo caso, tan no se concebía a la Asamblea Nacional Constituyente como un poder constituyente originario que sólo puede corresponder al pueblo, que, en la base comicial novena, como se dijo, se indicó expresamente que la Constitución que elaborara la Asamblea Nacional Constituyente, para entrar en vigencia también debía ser aprobada por el pueblo mediante referendo aprobatorio. Es decir, fue voluntad del

⁴⁶. *Gaceta Oficial* N° 36.707 de 24-05-99.

pueblo, manifestada expresamente en el referendo de 25 de abril de 1999 como poder constituyente originario, la que prescribió que tal poder constituyente originario continuara en el pueblo, disponiendo que sólo el pueblo podía poner en vigencia la nueva Constitución, no otorgándole tal potestad a la Asamblea, la cual, en consecuencia, sólo quedó como poder constituyente derivado aún cuando de carácter extraordinario, con la sola misión de elaborar un texto constitucional en el cual se plasmara la transformación del Estado y se creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, como lo señalaba la pregunta primera del referendo del 25 de abril de 1999, que luego de sancionado por la Asamblea, para que entrara en vigencia, debía ser aprobado por el pueblo mediante referendo.

Pero la discusión del tema del poder constituyente originario como atributo de la Asamblea Nacional Constituyente puede decirse que no llegó a cesar, a pesar de las decisiones de la Corte Suprema. En efecto, incluso debe destacarse la nueva inconstitucionalidad derivada del desacato del Consejo Nacional Electoral en cumplir la orden judicial que derivaba de la anulación de la Resolución N° 990217-32 en relación al carácter “originario” de la Asamblea

En efecto, el Consejo Nacional Electoral, como consecuencia de la anulación parcial de su Resolución N° 990217-32 por la Corte Suprema de Justicia, dictó una nueva Resolución, N° 990323-70 de 23 de marzo de 1999, en la cual, materialmente, reprodujo las bases fijadas por el Presidente de la República para la realización del referendo, tal como se habían publicado⁴⁷.

Como se señaló, el abogado Gerardo Blyde había acudido de nuevo a la Sala Político Administrativa solicitando la ejecución de la sentencia anulatoria del 18-3-99, con fundamento, entre otros aspectos, en que la base comicial décima propuesta por el Ejecutivo, y reproducida por el Consejo Nacional Electoral, desacataba el fallo de la Corte del 18 de marzo de 1999, cuando le atribuía “carácter originario” a la futura Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Político Administrativa, en respuesta a este requerimiento, dictó la sentencia de 13 de abril de 1999 (Ponencia del Magistrado Hermes Harting)⁴⁸, en la cual observó que ciertamente, el Consejo Nacional Electoral había omitido pronunciamiento expreso acerca del examen que debió haber efectuado, de acuerdo a la orden contenida en la citada sentencia, y que originó la Resolución N° 990323-70 del 23 de marzo de 1999, tanto de la mencionada base, como de la establecida en el literal undécimo, de la referida “propuesta” del Ejecutivo Nacional.

Agregó la Sala:

Sin embargo, la circunstancia de haber dictado dicho ente, el mismo 23 de marzo de 1999, la Resolución N° 990323-71, a través de la cual estableció las bases comiciales para el referendo consultivo a celebrarse el 25 de abril de 1999, incluyendo literalmente el contenido de las referidas bases, modificando únicamente su numeración, a saber: literales octavo y noveno, revela, a juicio de esta Sala, la conformidad del órgano electoral, vale decir, la aceptación implícita de aquellas proposiciones, tal y como fueron presentadas por el Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, la base comicial designada bajo el literal octavo reza textualmente:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular*, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Sobre este particular, en la sentencia dictada por esta Sala el 18 de marzo de 1999 se expresó con *meridiana claridad* que la Asamblea Constituyente a ser convocada, “... no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho...”, y que “...En consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta....

⁴⁷. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, en nota N° 118, pp. 150 y ss. y en esta Revista, pp. 85 a 90.

⁴⁸. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 190 a 198.

A su vez, en el fallo aclaratorio del 23 de marzo de 1999, emanado de esta Sala, se ratificó claramente la naturaleza vinculante de tal criterio interpretativo, referido a la primera pregunta del referendo consultivo nacional 1999, y cuyo contenido debía fijar el marco referencial y alcance de la segunda pregunta del mismo.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema consideró que resultaba incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el numeral octavo -reproducida en la Resolución N° 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del referendo consultivo, por remisión ordenada en la Resolución N° 990324-72 del 24 de marzo de 1999, ambas dictadas por el Consejo Nacional Electoral-, y específicamente, en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente “*como poder originario que recoge la soberanía popular*”, estaba en franca “contradicción con los principios y criterios” vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999,

Induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites.

En consecuencia, de lo anterior, la Sala Político-Administrativa concluyó su sentencia del 13 de abril de 1999, resolviendo, en ejecución de su precedente sentencia fechada 18 de marzo de 1999, la eliminación de la frase “*como poder originario que recoge la soberanía popular*”, y, por tanto, corrigiendo el texto de la base comicial octava, en la forma siguiente:

Se reformula la base comicial octava para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a realizarse el 25 de abril de 1999, en los términos siguientes:

Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Quedó en esta forma abierto el proceso constituyente en el país, mediante la celebración del referendo consultivo que se efectuó el 25 de abril de 1999, en el cual se consultó al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, con una misión y unos límites específicos fijados por el mismo pueblo al responder afirmativamente a las preguntas y las bases comiciales que conforman su estatuto. En dicho referendo, votaron 4.137.509 de los 11.022.936 electores registrados con una abstención electoral del 62.2%. La votación “sí” representó un 92,4% y la votación “no” un 7,6%⁴⁹.

Conforme a las bases comiciales, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa el 25 de julio de 1999 y quedaba sometida a las normas supraconstitucionales que derivaban del *poder constituyente originario* (el pueblo) que se había expresado en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999. Durante su funcionamiento debió respetar la vigencia de la Constitución de 1961, la cual sólo debió perder dicha vigencia cuando el pueblo soberano, es decir, el poder constituyente originario se pronunciara aprobando, mediante posterior referendo aprobatorio, la nueva Constitución que elaborase la Asamblea, tal como se precisó en la base comicial novena del referendo de 25 de abril de 1999.

VI. LOS INTENTOS TARDÍOS DE LA CORTE SUPREMA EN PRETENDER SOMETER EL PROCESO CONSTITUYENTE A LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Lo anterior significaba entonces, que, de acuerdo al criterio de la Corte Suprema, la Asamblea Constituyente cuyos miembros se eligieron como consecuencia del *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999, no podía en forma alguna durante su celebración y funcionamiento, desconocer, apartarse, suspender o derogar norma alguna de la Constitución de 1961.

Conforme a este postulado, la Sala Político Administrativa interpretó la forma genérica y ambigua del texto de la *Primera Pregunta del Referéndum*, precisando la “finalidad” o misión de la Asamblea en la siguiente forma:

En cuanto al cometido de “la transformación del Estado” a que se refiere la *Primera Pregunta*, la Sala señaló que ello era:

⁴⁹. Véase José E. Molina V. y Carmen Pérez Baralt, -Procesos Electorales. Venezuela, abril, julio y diciembre de 1999- en *Boletín Electoral Latinoamericano*, CAPEL-IIDH, N° XXII, julio-dic. 1999, San José, 2000, pp. 61 y ss.

en base a (*sic*) la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del *nuevo Texto Constitucional*;

y en cuanto a la creación de “un nuevo ordenamiento jurídico”, como cometido de la Asamblea, ello era con el objeto de:

que consolide el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una Democracia Social y Participativa, debiendo la *nueva Constitución* satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos.

De lo anterior se derivaba, por tanto, que la misión y finalidad esencial de la Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueron electos el 25 de julio de 1999, *era producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se crease un nuevo ordenamiento jurídico*; es decir, que esa misión era para reflejarla en una nueva Constitución; y que en el cumplimiento de esa tarea de proyectar un nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente debía darle primacía al ciudadano; consagrar los derechos humanos como norte del nuevo texto constitucional; consolidar el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permitiera la práctica de una democracia social y participativa; satisfacer los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático; y mantener los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos, lo que no es otra cosa que la distribución vertical del Poder Público (descentralización política y federalismo) y la separación orgánica de poderes.

En este sentido, la sentencia de la Sala reiteró que la futura Constitución, es decir,

el establecimiento de este naciente orden jurídico-político deberá responder -conforme al sentido que se infiere de la redacción de la pregunta- a que el texto constitucional respete, y aún estimule, el desarrollo de aquellos valores que insufla una “Democracia Social y Participativa”, en virtud del principio de progresividad a que está sometida la materia.

En consecuencia, la misión y los cometidos indicados en la *Primera Pregunta del Referéndum Consultivo* sólo estaban destinados a guiar la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, como límites a la misma, y en ningún caso podían dar origen a poderes de la Asamblea, durante su funcionamiento, que pudieran afectar o alterar las regulaciones de la Constitución de 1961. Por ello la Corte fue enfática al señalar que:

es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta.

Es decir, lo que permitió la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente convocada como consecuencia del *Referéndum Consultivo* efectuado el 25 de abril de 1999, fue la Constitución de 1961, la cual, además, permitía la preservación del Estado de Derecho. Dicha Constitución de 1961, por tanto, no perdía vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual encontraba en dicho texto el límite de su actuación, lo que significaba que los Poderes Constituidos, durante el funcionamiento de la Asamblea, debían continuar actuando conforme a la Constitución de 1961, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente convocada en esta forma no podía legislar, ni gobernar, ni juzgar, funciones que sólo correspondían a las Cámaras Legislativas, al Presidente de la República y sus Ministros y a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, respectivamente.

Como resultó de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia antes indicadas, el proceso constituyente venezolano, al contrario de lo que sucedió con todas las experiencias constituyentes del pasado en la historia política de país, no fue producto de una ruptura constitucional con ocasión de una guerra, un golpe de Estado o una Revolución, sino de la interpretación dada por el máximo Tribunal de la República a la Constitución de 1961 y de la voluntad popular expresada, como *Poder Constituyente Originario*, en el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999. La ruptura constitucional la provocó la propia Asamblea nacional Constituyente al violar la Constitución de 1961, al asumir poderes constituyentes originarios, violando las bases comiciales que, como lo había resuelto la Corte Suprema, tenían rango supraconstitucional.

La Corte Suprema de Justicia en otra sentencia del 21 de julio de 1999 con ocasión de resolver un recurso de interpretación intentado por los Candidatos Nacionales a la Asamblea Nacional Constituyente (Caso: *Alberto Franceschi, Jorge Olavarria y Gerardo Blyde*), acerca del régimen jurídico que regía el proceso electoral, había destacado el carácter *de jure* del proceso constituyente, señalado que:

Lo novedoso -y por ello extraordinario- del proceso constituyente venezolano actual, es que el mismo no surgió como consecuencia de un suceso fáctico (guerra civil, golpe de estado, revolución, etc.), sino que, por el contrario, fue concebido como un “Proceso Constituyente *de iure*” esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano⁵⁰.

La consecuencia de lo anterior estaba en que la Asamblea Nacional Constituyente no sólo derivó “de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal”, sino que en su actuación estaba sometida al orden jurídico establecido por la voluntad popular en el *Referéndum* del 25 de abril de 1999, expresada en el conjunto de normas que derivaron de las preguntas del *Referéndum* y de las *Bases Comiciales* aprobadas en el mismo, y que la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes mencionada “por su peculiaridad e importancia”, catalogó “como *normas de un rango especial*”; y en anterior sentencia del 3 de junio de 1999 (Caso *Celia María Colón de González*)⁵¹ consideró como una “expresión popular” que “se tradujo en una *decisión de obligatorio cumplimiento, pues posee, validez suprema*”, es decir, de rango supraconstitucional. Dicha sentencia se cita, además, en la de 17 de junio de 1999 en la cual se declaró *sin lugar* el recurso contencioso administrativo de anulación que había sido ejercido por un conjunto de ciudadanos contra un artículo de la Resolución N° 990519-154 del 19-05-99 del Consejo Nacional Electoral, que había negado la posibilidad de incluir símbolos, signos, siglas o colores que identificasen a los candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente postulados por organizaciones políticas⁵².

La Asamblea Nacional Constituyente que se eligió el 25 de julio de 1999, en consecuencia, estaba sometida a las normas (Bases Comiciales) aprobadas en el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999, que eran de obligatorio cumplimiento y de rango y validez suprema (supraconstitucional), como manifestación del poder constituyente originario que sólo corresponde al pueblo, conforme a las cuales no sólo se precisó la misión de la Asamblea, sino sus límites.

Sobre ello se pronunció además, la Corte Suprema de Justicia, como se ha señalado, en sus decisiones de 17 de junio de 1999⁵³; y luego, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 6 de 27 de enero de 2000, la cual señaló que las bases comiciales referidas “que fijaron los límites de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, son de similar rango y naturaleza que la Constitución, como la cúspide de las normas del proceso constituyente”, y además, que eran “supraconstitucionales respecto de la Constitución de 1961, lo cual no quiere decir que la Constitución estaba sujeta a estos, sino que se trataba de un ordenamiento no vinculado con las normas que rigen el Poder Constituyente”⁵⁴.

VII. DE CÓMO LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ASUMIÓ EL CONTROL TOTAL DEL PODER, HACIENDO CASO OMISO A LAS DOCTRINAS DE LA CORTE SUPREMA QUE HABÍAN FUNDAMENTADO SU PROPIA CREACIÓN

Entre las bases comiciales establecidas y aprobadas en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999, en la *Base Comicial Tercera* se reguló el sistema para la elección de 131 constituyentes así: 104 constituyentes distribuidos en las 24 circunscripciones regionales correspondientes a las entidades políticas del territorio (Estados y Distrito Federal), 24 constituyentes en la circunscripción nacional, y 3 constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela son muy exiguos desde el punto de vista de la población y presencia en la dinámica social. Conforme a tal sistema, el día 25 de julio de 1999 se eligieron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, resultando la Asamblea dominada por los 125 constituyentes electos con el directo y abierto del apoyo del Presidente Chávez, quedando configurada la “oposición” con sólo 6 constituyentes. Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de que se convirtiera en un instrumento válido de

⁵⁰. Véase el texto en esta *Revista*, pp. 104 a 110.

⁵¹. Véase el texto en esta *Revista*, pp. 90 a 93.

⁵². Véase el texto en esta *Revista*, pp. 104 a 110.

⁵³. Véase el texto de esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea... op. cit.*, pp. 221 y ss., y en esta *Revista*, pp. 93 a 104.

⁵⁴. Caso: *Milagros Gómez y otros*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Caracas, 2000, p. 82.

diálogo, conciliación política y negociación. Fue, en realidad, un instrumento político de imposición por un grupo que la dominaba, al resto de la sociedad, de sus propias ideas, con exclusión total respecto de los otros grupos. Fue, además, un instrumento para lograr el control total del poder por los que conformaban la mayoría y que habían sido electos constituyentes gracias al apoyo y a la campaña del propio Presidente de la República. En la Asamblea, dichos constituyentes estuvieron a su servicio y al diseño de cuantos mecanismos sirvieron para el control del poder por parte de los nuevos actores políticos que habían aparecido en escena de la mano del Presidente Chávez, en medio del más terrible deterioro de los partidos políticos tradicionales, que materialmente desaparecieron de la escena política durante el proceso constituyente.

La Asamblea se instaló el 3 de agosto de 1999, teniendo su primera sesión plenaria formal el día 8 de agosto de 1999, en la cual se discutió su *Estatuto de Funcionamiento*, tal como lo exigía la *Base Comicial Octava del referéndum del 25 de abril de 1999*.

En dicha primera sesión plenaria, por supuesto, se planteó de nuevo la discusión sobre el pretendido carácter de poder originario de la Asamblea, en cual había sido descartado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que le había dado nacimiento⁵⁵. El único poder constituyente originario en el proceso constituyente era la manifestación popular del *referéndum del 25 de abril de 1999*, la cual adquirió rango supra constitucional⁵⁶, por lo que la Asamblea tenía los límites contenidos en las *bases comiciales* del mismo, a los cuales estaba sometida.

Sin embargo, prevaleció el criterio de la mayoría que quedó plasmada, contra toda la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en el artículo 1º de los Estatutos con el siguiente texto:

Artículo 1. Naturaleza y misión. La asamblea nacional constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su Soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público.

Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.

Parágrafo Primero: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional.

Parágrafo Segundo: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente⁵⁷.

En esta forma, la Asamblea se auto atribuyó carácter de “Poder Originario”, asignándose a sí misma la atribución de poder “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público”, desvinculando dichas decisiones de la elaboración del Proyecto de Constitución. Como consecuencia de ello resolvió que “todos los organismos del Poder Público quedaban subordinados a la Asamblea” y, en consecuencia, que estaban en la obligación de cumplir y hacer cumplir los “actos jurídicos estatales” que emitiera⁵⁸.

La Asamblea, además, se auto atribuyó potestades públicas por encima de la Constitución de 1961, la cual formalmente continuó vigente durante su funcionamiento, pero sólo en todo aquello que no colidiera

⁵⁵. Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas, 1999, pp. 15 a 39. Así mismo, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Asamblea Nacional Constituyente, (agosto-septiembre 1999), Caracas, 1999, pp. 6 a 13 de la sesión del 07-08-99.

⁵⁶. Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 6 de 25-01-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Caracas, 2000, pp. 81-82.

⁵⁷. Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, agosto-sep. 1999, pp. 144 de la sesión del 07-08-99. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* N° 36.786 de 14-09-99.

⁵⁸. Véase Julio C. Fernández Toro, -Comentarios sobre los poderes de control político de la Asamblea Nacional previstos en la Constitución de 1999 sobre la actuación de los órganos de los otros poderes nacionales-, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 89-103.

o fuera contrario con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Se produjo, así, un golpe de Estado contra la Constitución de 1961, la cual fue desconocida por la Asamblea⁵⁹.

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, producto ella misma de los actos constituyentes de la Asamblea Constituyente, elaboraría la teoría necesaria para justificar la inconstitucionalidad, basándose en la doctrina del régimen de transitoriedad constitucional en una etapa previa a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la cual al decir de la Sala, habría comenzado “el 25 de abril de 1999, con la finalidad no sólo de discutir y aprobar una nueva Constitución, por medio de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que según la Pregunta Primera del Referéndum Consultivo, la Asamblea se convirtió en un órgano para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”. La Sala Constitucional, de esta manera, *ex post facto*, justificó la reorganización de todos los Poderes Públicos que asumió la Asamblea el 12 de agosto de 1999 en violación de lo establecido en la Constitución de 1999, la cual, sin embargo, continuaba vigente⁶⁰. La Sala Constitucional fue más precisa en cuanto a esta coexistencia de la Constitución de 1999 con actos de la Asamblea Nacional Constituyente que la violaban, al señalar en sentencia de 12 de diciembre de 2000, lo siguiente:

A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contrariaren a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un régimen doble, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes⁶¹.

La consecuencia de esta doctrina fue la consideración de que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución de 1961⁶², y de que tenían “carácter supra-constitucional”⁶³, por lo que la coexistencia de la Constitución de 1999 con actos constituyentes afectó el funcionamiento del Estado, y los derechos de los titulares de los órganos constituidos. En efecto, no debe olvidarse que, en diciembre de 1998, conforme a lo establecido en la Constitución de 1961, el Presidente de la República, H. Chávez, había sido electo, así como los senadores y diputados al Congreso Nacional. También habían sido electos los gobernadores de los 23 Estados y los diputados de las Asambleas Legislativas estatales, así como los Alcaldes Municipales y los miembros de los Concejos Municipales de los 338 Municipios del país. Es decir, todos los titulares de los poderes públicos regulados en la Constitución habían sido electos popularmente. Los otros titulares de los poderes públicos no electos, como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y los miembros del Consejo Supremo Electoral, habían sido designados por el Congreso Nacional, como lo establecía la Constitución.

Por tanto, cuando se eligió e integró en julio de 1999 a la Asamblea Nacional Constituyente, en paralelo estaban funcionando los poderes públicos constituidos, los cuales tenían misiones distintas. La Asamblea había sido electa, conforme al referendo de abril de 1999, para diseñar la reforma del Estado y un nuevo ordenamiento para hacer efectiva la democracia social y participativa, lo cual debía elaborar y someter a la aprobación popular por un referendo final.

La Asamblea Constituyente no había sido electa para gobernar ni para sustituir ni intervenir los poderes constituidos, ni para violar la Constitución. No tenía carácter de poder constituyente originario, como expresamente lo había resuelto la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, como se dijo, en su primera decisión, que fue la aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea Constituyente, dominada por la mayoría que respaldaba al Presidente y que había sido

⁵⁹. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002.

⁶⁰. Véase las sentencias de 28 de marzo de 2000 y N° 1560 de 19 de julio de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, 2001.

⁶¹. Sentencia N° 1562 de la Sala Constitucional de 12-12-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 84, Caracas, 2000.

⁶². Véase sentencia N° 6 de la Sala Constitucional de 27-01-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Caracas, 2000, p. 95-96.

⁶³. Véase sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 30-05-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 82, Caracas, 2000, p. 151.

electa para su respaldo, se auto-proclamó como “poder constituyente originario”, auto-atribuyéndose la facultad de “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público” y estableciendo que “todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita la Asamblea”⁶⁴. Ese carácter de poder constituyente originario le sería reconocido posteriormente, validando las decisiones, por la Sala Constitucional designada por la propia Asamblea Constituyente⁶⁵.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó como un superpoder estatal, contrariando lo dispuesto en el estatuto de su elección contenido en las bases aprobadas en el referendo de abril de 1999 y violando la Constitución de 1961, al amparo de la cual y de su interpretación, había sido electa. La Asamblea Nacional Constituyente que funcionó entre julio de 1999 y enero de 2000, por tanto, usurpó el poder público y violó la Constitución de 1961. En definitiva, dio un golpe de Estado, el cual como se dijo, fue justificado posteriormente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al señalar expresamente que la Asamblea Nacional Constituyente había ejercido un poder constituyente originario⁶⁶, el cual, al contrario, le había sido negado por la Corte Suprema de Justicia en 1999.

VIII. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO POLÍTICO PARA EL DE ASALTO AL PODER

En efecto, durante el primer período de su funcionamiento, entre agosto y septiembre de 1999, la Asamblea, lejos de conciliar y buscar conformar un nuevo pacto político de la sociedad, se dedicó a intervenir los poderes constituidos que habían sido electos en diciembre de 1998 y que estaban en funcionamiento conforme a la Constitución en ese entonces vigente de 1961. Así, en agosto de 1999, la Asamblea decretó la reorganización de todos los poderes públicos; decretó la intervención del Poder Judicial creando una Comisión de Emergencia Judicial que lesionó la autonomía e independencia de los jueces; decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo, eliminando tanto al Senado como a la Cámara de Diputados y a las Asambleas Legislativas. Además, intervino a los Concejos Municipales, suspendiendo, incluso, las elecciones municipales⁶⁷.

El primer período de funcionamiento de la Asamblea, por tanto, fue un período de confrontación y conflictividad política entre los poderes públicos y los diversos sectores políticos del país. El proceso constituyente, en esta etapa inicial, no fue un vehículo para el diálogo y la consolidación de la paz ni un instrumento para evitar el conflicto. Al contrario, fue un mecanismo de confrontación, conflicto y aplastamiento de toda oposición o disidencia y de apoderamiento de todas las instancias del poder. El proceso constituyente, por tanto, antes de ser un instrumento para la reducción del conflicto, acentuó la confrontación y contribuyó al dominio exclusivo del poder por parte de un solo partido político, el de gobierno, que respondía a las instrucciones del Presidente de la República. En definitiva, el proceso constituyente se utilizó para acabar con la clase política que había dominado la escena en las décadas anteriores.

En la primera etapa de su funcionamiento, como se dijo, la Asamblea pretendió asumir el rol de poder constituyente originario, reorganizando e interviniendo los Poderes Públicos, violando con ello las previsiones de la Constitución de 1961. El asalto al poder se evidenció en los siguientes actos y actuaciones:

En *primer lugar*, el 09-09-99, la Asamblea resolvió ratificar al Presidente de la República en su cargo “para el cual fue electo democráticamente el pasado 6 de diciembre de 1998”, decretando recibir la juramentación del Presidente⁶⁸. Nos abstuvimos de votar dicha propuesta, pues consideramos que la legitimidad del Presidente estaba fuera de discusión, no teniendo la Asamblea nada que decidir respecto del gesto del Presidente de poner su cargo a la orden de la Asamblea⁶⁹.

⁶⁴. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, cit., pp. 207 y ss.

⁶⁵. Véase sentencia N° 179 de la Sala Constitucional de 28-03-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Caracas, 2000, pp. 82-86.

⁶⁶. La Sala Constitucional como se dijo, reconoció el -poder originario- de la Asamblea Nacional Constituyente y la -naturaleza constitucional- de los actos de la misma -por ser creación originaria de derecho-. Véase, por ejemplo, sentencia N° 4 de 26-01-2000, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Caracas, 2000, p. 93-95 y sentencia N° 1563 de 13-12-2000 en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Caracas, 2000.

⁶⁷. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, cit., pp. 213 y ss.

⁶⁸. Véase en *Gaceta Constituyente*, cit., p. 3 de la sesión del 09-08-99.

⁶⁹. Véase nuestra posición en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op cit., pp. 41 y 42; y en *Gaceta Constituyente*, cit. pp. 3 y 4 de la sesión del 09-08-99.

En *segundo lugar*, el 12-08-99, la Asamblea decretó la reorganización de todos los órganos del Poder Público, decisión respecto de la cual argumentamos oralmente sobre su improcedencia y salvamos nuestro voto, razonándolo negativamente⁷⁰.

En *tercer lugar*, el 19-08-99, la Asamblea decretó la reorganización del Poder Judicial, sobre lo cual manifestamos nuestro acuerdo con que la Asamblea debía *motorizar* las reformas inmediatas e indispensables en el Poder Judicial, pero argumentamos oralmente y en voto negativo razonado, en contra de la forma de la intervención, que lesionaba la autonomía e independencia del Poder Judicial, con la creación de una Comisión de Emergencia Judicial que suplantara los órganos regulares de la Justicia⁷¹.

En general, sin embargo, a pesar del texto del Decreto de la Asamblea, las medidas respectivas conforme a las reformas legislativas en la materia que habían sido aprobadas en 1998 se adoptaron por los órganos del Consejo de la Judicatura con el impulso político de la Comisión⁷².

En *cuarto lugar*, el 25-08-99, la Asamblea dictó el Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo, decisión mediante la cual materialmente se declaraba la cesación de las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), cuyos miembros habían sido electos en noviembre de 1998, y se atribuía la potestad legislativa a la Comisión Delegada y a la propia Asamblea. Nos opusimos a este Decreto por considerarlo inconstitucional, por violar las *bases comiciales del referéndum del 25 de abril de 1999*, tanto oralmente como en el voto salvado negativo que razonamos por escrito⁷³. Con posterioridad, sin embargo, y con la intermediación de la Iglesia Católica, el 9-9-99 la directiva de la Asamblea llegó a un acuerdo con la directiva del Congreso, con el cual, de hecho, se dejó sin efecto el contenido del Decreto, siguiendo el Congreso funcionando formal, aún cuando precariamente, conforme al régimen de la Constitución de 1961⁷⁴.

En *quinto lugar*, el 26-08-99, la Asamblea decretó la suspensión de las elecciones municipales, que debían convocarse en el segundo semestre de 1999, a lo cual nos opusimos, no porque políticamente no debían suspenderse, con lo cual estábamos de acuerdo, sino porque para ello era necesario reformar la Ley Orgánica del Sufragio, lo que sólo correspondía a las Cámaras Legislativas. Argumentamos nuestra posición oralmente y salvamos por escrito nuestro voto negativo, razonándolo⁷⁵.

En consecuencia, durante el primer mes de funcionamiento de la Asamblea puede decirse que la primera etapa de la misma se dedicó a la intervención de los Poderes Constituidos, irrumpiendo contra la Constitución de 1961 que no había sido derogada ni sustituida, sin que en las Plenarias de la Asamblea se hubiese prestado fundamental atención a la elaboración del Proyecto de Constitución. Por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, en las relaciones de poder, lejos de constituir un instrumento de conciliación e inclusión, fue un instrumento de exclusión y control hegemónico del poder. En efecto, el asalto y control hegemónico del poder por el grupo político que controlaba la Asamblea Nacional Constituyente y que respondía a la voluntad del Presidente de la República, no sólo se comenzó a realizar durante los primeros meses de funcionamiento de la Asamblea, violándose la Constitución vigente de 1961, sino también al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

Incluso, durante los 5 meses de funcionamiento que tuvo la Asamblea en la segunda mitad de 1999, puede decirse que todo el debate político del país giró en torno a la misma. La Asamblea se había constituido

⁷⁰. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 43 a 56; y en *Gaceta Constituyente*, *op. cit.*, pp. 2 a 4 de la sesión del 12-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13-08-99.

⁷¹. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente*, *op. cit.*, pp. 17 a 22 de la sesión del 18-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99.

⁷². Lo insólito de la intervención del Poder Judicial, violando su autonomía y haciendo a casi todos los jueces unos dependientes del Poder, es que a finales de 2003 la referida Comisión continuaba funcionando en paralelo al Tribunal Supremo, órgano que no asumió su rol constitucional en cuanto al gobierno de la Administración de la Justicia. Dicha Comisión, y no el Tribunal Supremo, en efecto, fue la que en octubre de 2003 destituyó a los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

⁷³. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 75 a 113; y en *Gaceta Constituyente*, *op. cit.*, pp. 12 a 13 y 27 a 30 de la sesión del 25-08-99 y pp. 16 a 19 de la sesión del 30-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 26-08-99.

⁷⁴. Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional*, Caracas, 10-9-99, p. D-4.

⁷⁵. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 115 a 122; y en *Gaceta Constituyente*, *op. cit.*, pp. 7 a 8, 11, 13 y 14. Véase el texto en *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99.

en el centro del poder, el Presidente la calificaba de “soberanísima” y la Corte Suprema de Justicia, al decidir sendos recursos de inconstitucionalidad contra actos de la Asamblea Constituyente de intervención de los poderes públicos constituidos, incluso del propio Poder Judicial, en una sentencia del 14 de octubre de 1999, que fue su propia sentencia de muerte, la Corte Suprema llegó a reconocer casi supuestos poderes “supraconstitucionales” a la Asamblea⁷⁶.

Como se ha dicho, violando abiertamente tanto la Constitución de 1961, que la Corte Suprema había considerado que continuaba vigente y que debía ser respetada por la Asamblea Nacional Constituyente (sentencia del 18 de marzo de 1999); como el contenido de la sentencia de la propia Corte Suprema que consideró que la Asamblea no podía tener carácter “originario” (sentencia del 13 de abril de 1999); así como la voluntad popular expresada como efectivo y único poder constituyente originario en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, según el criterio de la misma Corte Suprema; la Asamblea Nacional Constituyente se declaró a sí misma como poder constituyente originario y con potestad para apartarse de la Constitución de 1961 vigente en ese momento (derogarla, suspenderla, violarla) y para intervenir todos los Poderes constituidos pudiendo cesar el mandato popular de los mismos.

A partir de ese momento comenzó en el país un sistemático proceso de ruptura del orden constitucional, mediante la emisión de actos constituyentes, que lamentablemente luego fueron reconocidos como de rango constitucional, primero, por la propia antigua Corte Suprema de Justicia hasta que fue cesada, víctima de su debilidad y, luego, por el Tribunal Supremo de Justicia creado y dominado por el nuevo poder.

Todos los actos constituyentes o constitucionales dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, por supuesto, tuvieron como fundamento su propio Estatuto, dictado por ella misma, en el cual la Asamblea, ilegítimamente, se había auto-atribuido el carácter de poder constituyente originario; y nunca las bases comiciales aprobadas popularmente, que eran las únicas que podían tener rango constitucional e, incluso, supraconstitucional.

En primer lugar, fue la antigua Corte Suprema de Justicia, en una confusa sentencia del 14-10-99 (*Caso Impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*)⁷⁷ la cual cambiando el criterio sustentado en la sentencia de la Sala Política Administrativa de 18-03-99, desligó a la Asamblea de las previsiones de la Constitución de 1961, permitiendo que aquélla pudiera desconocerla, con lo que ilegítimamente “legitimó” el golpe de Estado que la Asamblea había dado al desconocer la Constitución de 1961.

IX. LA SUMISIÓN DE LA CORTE SUPREMA AL PODER CONSTITUYENTE DE LA ASAMBLEA Y SU MUERTE FINAL A MANOS DE LA ASAMBLEA QUE HABÍA CREADO

Con fundamento, entonces, en este pretendido carácter de poder constituyente originario que la Asamblea Nacional Constituyente había asumido en su propio Estatuto, sin fundamento en las bases comiciales del referendo del 25-4-99 que le había dado origen; y que luego, el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional se había encargado de otorgarle, olvidándose de sus funciones de juez constitucional; la Asamblea irrumpió contra el orden constitucional mediante diversos actos constituyentes que consolidaron el golpe de Estado contra la Constitución de 1961, que estaba vigente; y todo con la anuencia del nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

Entre los actos constituyentes que dictó estuvo el “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, evidentemente contrario a lo que regulaba la Constitución de 1961, mediante el cual se eliminaba al Congreso y a las Asambleas Legislativas de los Estados; se cambiaba la estructura del Parlamento de bicameral a unicameral, y se intervenía la autonomía e independencia de los órganos del Poder Público que regulaba la Constitución).

Dicho Decreto fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia por el Presidente de la Cámara de Diputados, y esta en Sala Plena, y con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1999 (*Caso H. Capriles Radonski, Decreto de Reorganización del Poder Legislativo*) resolvió el recurso declarando “improcedente la acción de nulidad intentada”.

⁷⁶ Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, op. cit., p. 233 y ss.

⁷⁷ Véase el texto en esta Revista pp. 111 a 132.

La Corte, con esta sentencia, se plegó al nuevo poder, avaló los desaguisados constitucionales que había cometido la Asamblea y, con ello firmó su sentencia de muerte y la remoción de sus integrantes con excepción, por supuesto, del magistrado Urdaneta, Presidente ponente, quien luego siguió de presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

En la sentencia, luego de unas confusas argumentaciones basadas en citas bibliográficas que, por supuesto incluyeron al Abate Sièyes, sobre el poder constituyente en la teoría y práctica políticas de la historia universal; y sobre la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la Corte Suprema, en esta sentencia, concluyó observando que:

El poder constituyente no puede ejercerlo por sí mismo el pueblo, por lo que la elaboración de la Constitución recae en un cuerpo integrado por sus representantes, que se denomina Asamblea Constituyente, cuyos títulos de legitimidad derivan de la relación directa que exista entre ella y el pueblo.

Con este “descubrimiento” la Corte lo que hizo fue observar que la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999 tenía como límites las bases comiciales aprobadas por el poder constituyente originario (el pueblo) mediante referendo, bases a las cuales la Corte, en la misma sentencia, le había reconocido “similar rango y naturaleza que la Constitución”, y en las cuales se encomendó a la Asamblea “la elaboración de la Constitución”, mas no su adopción o puesta en vigencia, que se reservó el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo aprobatorio en la base comicial novena.

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Suprema pasó de reconocerle a las bases comiciales “similar rango y naturaleza que la Constitución” (de 1961), a otorgarle rango “supraconstitucional”. La Corte, en efecto, en la sentencia, luego de constatar las denuncias de inconstitucionalidad del Decreto impugnado, señaló:

Como puede observarse, la pregunta N° 1 del referendo consultivo nacional aprobado el 25 de abril de 1999 y la base comicial octava del mismo referendo, *consagra la supraconstitucionalidad de sus prescripciones*, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961 sino a la tradición de la cultura...

Por supuesto, en esta línea de razonamiento, la Corte Suprema se encontraba con el escollo de la sentencia del 13 de abril de 1999, de la Sala Político Administrativa de la propia Corte Suprema, que había ordenado eliminar de la base comicial octava, para evitar toda confusión, toda referencia al pretendido carácter originario del poder constituyente que ejercía la Asamblea, pero dijo lo siguiente:

Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 13 de abril de 1999, excluyó de la base comicial octava “como poder constituyente originario que recoge la soberanía popular”, es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del poder constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente.

De lo anterior resulta una contradicción abierta de criterios. La Corte reconocía que la sentencia de 13 de abril había dejado claro que la Asamblea Nacional Constituyente *no era un poder constituyente originario* (que sólo el pueblo lo es), lo que conducía entonces a considerarla como un poder constituyente “derivado”, regulado por el pueblo en las bases comiciales a las cuales le reconoció rango “supraconstitucional”. La Corte dijo, en definitiva, que la Asamblea no era ni poder constituyente originario ni poder constituyente derivado. Entonces, ¿de qué se trataba? Si toda la bibliografía citada en la sentencia establecía esta dicotomía, debía ser una cosa o la otra, pero lo que no podía era no ser alguna de las dos.

La inconsistencia de la sentencia, en todo caso, condujo a la Corte Suprema, luego de citar párrafos sueltos de la antigua sentencia del 19 de enero de 1999, a cambiar su propio criterio establecido en la sentencia del 13 de abril de 1999 sobre la ausencia del carácter originario del poder constituyente otorgado a la Asamblea.

Debe señalarse que es cierto que la Asamblea no tenía más límites que los establecidos en las bases comiciales para sancionar una nueva Constitución; pero sólo para eso es que ello implicaba el ejercicio del poder constituyente: para elaborar el texto de una nueva Constitución la cual no se podía poner en vigencia con la sola voluntad de la Asamblea, porque ésta no tenía poder constituyente para ello. Por eso, las comparaciones que hizo la Corte en su sentencia, con el proceso de la Asamblea Constituyente de Colombia de 1991, eran totalmente impertinentes, pues en ese país, al contrario de lo que sucedió en Venezuela, la Constitución sí fue puesta en vigencia por la Asamblea Constituyente, sin aprobación popular. En Venezuela, al contrario, el pueblo como poder constituyente originario, en las bases comiciales mencionadas se reservó la potestad de aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio posterior.

Sin embargo, incluso contrariando sus propias palabras (que la función de la Asamblea era “sancionar una nueva Constitución”) la Corte Suprema en la sentencia, le atribuyó otras tareas (indefinidas) a la Asamblea así:

El cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución *vigente* es un proceso que, como tal, no se limita a la sanción de la nueva Constitución, sino al interregno durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige, transitoriamente, la Constitución anterior...

Es decir, la Corte contradictoriamente reconoció en la sentencia la “vigencia” de la Constitución de 1961, así fuera “transitoriamente” hasta que se aprobara la nueva Constitución mediante referendo, y agregó luego, sin embargo, que:

El hecho de que la supresión de la Constitución actual se produce sólo cuando es refrendada y sancionada por el pueblo la Constitución nueva, el tiempo de vigencia de la primera no puede impedir ni obstaculizar el cumplimiento de la función de la Asamblea Nacional Constituyente que es la creación de un nuevo ordenamiento jurídico a que se refiere la pregunta N° 1 del referendo consultivo nacional del 25 de abril de 1999. Si el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho referendo y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del poder constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supraconstitucionales, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del poder constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes.

Es decir, la Corte Suprema cambió el criterio que había sentado en la sentencia del 18 de marzo de 1999, según el cual la Constitución de 1961 era un marco límite de la Asamblea cuya elección debía aprobarse por el referendo del 25 de abril de 1999; y pasó a señalar, ya en medio del proceso constituyente, que esa misma Constitución de 1961 sólo era un límite a la actuación “de los poderes constituidos”, pero no de la propia Asamblea Nacional Constituyente, cuya actuación pasaba a estar regulada por su Estatuto de Funcionamiento, que ella misma se había dictado, auto atribuyéndose “poder constituyente originario”.

Como conclusión de estas contradicciones, sin más, la Corte Suprema, en su sentencia del 14 de octubre de 1999, afirmó que la pretensión de nulidad del “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, al violar la Constitución de 1961, era “improcedente”:

Pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del poder constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República, así se declara.

Con esta confusa declaración, de la que podía deducirse cualquier cosa por quien quiera que la lea, la Corte Suprema cambió los criterios que dieron origen al mismo proceso constituyente sentados por la misma Corte y, en definitiva, decretó su futura extinción. Sólo pasaron algo más de dos meses para que fuera cerrada y extinguida por la propia Asamblea Nacional Constituyente, precisamente en ejercicio de los “poderes” que la misma Corte le atribuyó a partir de esta sentencia.

Esta sentencia de la Corte en Pleno, en todo caso, fue objeto de severas críticas por parte de los siguientes Magistrados que salvaron su voto: Hermes Harting, quien había sido ponente de las sentencias de 18-03-99, 23-03-99 y 13-04-99 de la Sala Político Administrativa; Hildegard Rondón de Sansó; Belén Ramírez Landaeta; Héctor Grisanti Luciani, y Humberto J. La Roche, quien había sido el ponente de la sentencia inicial del proceso constituyente de 19-01-99.

El magistrado Harting insistió en la tesis de que la Asamblea Nacional Constituyente se había originado “en función de la Constitución de 1961, fuente de su nacimiento”, por lo que estaba sujeta a la Constitución, lo que implicaba:

El no poder ejercer la Asamblea Nacional Constituyente potestades correspondientes a los Poderes del Estado, ni realizar actuaciones atribuidas específicamente a estos por la Constitución y las Leyes, ni siquiera invocando circunstancias excepcionales.

Sobre este mismo tema, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó también fue precisa al afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente

Está -ante todo- sujeta al sistema de la Constitución de 1961, al orden vigente y a las bases comiciales en el ejercicio y límites de su competencia.

Por ello, la magistrado Sansó consideró que la sentencia de 14-10-99 había tergiversado la base comicial octava al considerar que la Asamblea estaba exonerada del bloque normativo de la Constitución de 1961; afirmando que:

La posición supraconstitucional de la Asamblea Nacional Constituyente radica en la facultad de erigir instituciones futuras, diferentes del texto constitucional vigente: no en la facultad de violar las normas que rigen el sistema dentro del cual opera.

La magistrado Sansó también denunció el “flagrante desconocimiento” que evidenció la sentencia de un Acuerdo que había adoptado la Corte en Pleno, días antes, el 23-08-99, en el cual la Corte declaró que:

Se mantiene firme en su convicción de que dicha Asamblea no nació de un gobierno de facto, sino que surgió en un sistema de *iure* mediante un procedimiento al cual ella misma ha dado su respaldo.

Ahora bien, la acción de nulidad del Decreto que reguló la reorganización del Poder Legislativo se había fundamentado, entre otros aspectos, en la violación de la base comicial octava que la sentencia consideró como de rango y naturaleza constitucional e, incluso, supraconstitucional. Al declarar improcedente la acción sólo indicando que el Decreto no estaba sometido a la Constitución de 1961, pero sin confrontar su texto con la base comicial octava, la Corte en Pleno incurrió en denegación de justicia o quizás en absolución de la instancia, lo que fue destacado por los magistrados Humberto J. La Roche e Hildegard Rondón de Sansó en sus votos salvados.

La sentencia, en todo caso, fue dictada con un apresuramiento inconcebible; como lo destacó en su voto salvado la magistrada Belén Ramírez Landaeta:

La sentencia fue reformada y a menos de media hora de su distribución -violando el Reglamento de Reuniones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno dictado por la Corte Suprema de Justicia en fecha 26 de noviembre de 1996- fue votada sin derecho a examinar, con la cordura requerida, el contenido de la misma.

Ello condujo, conforme al criterio de la magistrado Ramírez, a un “fallo lleno de errores, tanto formales como conceptuales” en cuya emisión, la Corte no ejerció “la virtud de la prudencia” ni tomó en cuenta la trascendencia que la decisión tenía “para el país y para la historia”.

El apresuramiento por complacer al nuevo poder hizo a la Corte incurrir en los desafortunados desahuisados que sus propios Magistrados denunciaron en los votos salvados.

Por último, los magistrados Héctor Grisanti Luciani, Humberto J. La Roche y Belén Ramírez Landaeta, quienes también salvaron su voto, destacaron la omisión del fallo en considerar el contenido del Acuerdo que había sido firmado entre representantes del Congreso y de la Asamblea Nacional Constituyente el 09-09-99, mediante el cual materialmente se había dejado sin efecto la médula del Decreto impugnado, estableciéndose un sistema de cohabitación o coexistencia pacífica de las dos instituciones.

En todo caso, con el “Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo” se materializó jurídicamente el golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961, extinguir un órgano constitucional constituido y electo como era el Congreso, intervenir sus funciones legislativas, limitar la autonomía de los Estados y Municipios y lesionar la autonomía de las Contralorías. La Asamblea Nacional Constituyente, como lo destacó la magistrado Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte en Pleno del 14-10-99, ciertamente había nacido a raíz de la sentencia de 19-01-99 como una Asamblea sometida a un “régimen de *iure*”. Por ello, al usurpar la autoridad del Congreso y violar la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente se constituyó a sí misma en un órgano bajo *régimen de facto*, actuando como una *Asamblea de facto*, al margen de la Constitución.

En esta forma, a partir de ese momento en adelante, se sucedieron diversos actos constituyentes que significaron la violación sistemática de la Constitución de 1961 y luego, de la propia Constitución de 1999.

Entre esos actos, también debe destacarse el adoptado la fecha 19 de agosto de 1999, cuando le tocó su turno al Poder Judicial, incluida la propia Corte Suprema de Justicia, mediante el cual la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), creando una Comisión de Emergencia Judicial, que asumió el proceso de intervención ⁷⁸.

Este Decreto tuvo la misma fundamentación que los anteriores: el ejercicio del poder constituyente originario supuestamente otorgado por éste a la Asamblea mediante referendo; el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea y el artículo único del Decreto de la Asamblea que declaró la reorganización de todos los Poderes Públicos constituidos.

⁷⁸. Gaceta Oficial N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en Gaceta Oficial N° 36.782 de 08-09-99

Es decir, el fundamento del Decreto fue el que la propia Asamblea Constituyente se había construido a la medida, sin vínculo alguno con las normas supraconstitucionales como eran las bases comiciales aprobadas en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999⁷⁹.

En todo caso, el Decreto de Reorganización del Poder Judicial fue aprobado, atribuyendo a la Comisión de Emergencia Judicial amplias facultades de intervención del Poder Judicial, las cuales pueden resumirse así:

1. La proposición a la Asamblea de las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y “la ejecución de las aprobadas por la Asamblea de conformidad con su Estatuto de Funcionamiento” (art. 3,1).
2. La evaluación del desempeño de la Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4).
3. La instrucción al Consejo de la Judicatura para la ejecución de sus decisiones (art. 3,4). Tanto el Consejo de la Judicatura como el Inspector General de Tribunales estaban obligados a acatar las instrucciones de la Comisión (art. 5), y la Comisión tenía la facultad de proponer a la Asamblea la sustitución de los Consejeros y del Inspector General de Tribunales (art. 5).
4. La destitución de cualquier funcionario judicial que obstaculizara su actividad o incumpliera sus instrucciones (art. 5).
5. La suspensión en forma inmediata a los funcionarios judiciales que tuvieran procedimientos iniciados por causas de corrupción (art. 6) y la destitución, también en forma inmediata, de jueces y funcionarios judiciales en caso de retardo judicial, de revocación de sus sentencias, de incumplimiento grave de sus obligaciones o que poseyeran signos de riqueza de procedencia no demostrada (art. 7).
6. La designación, a criterio de la Comisión, de suplentes o conueces para sustituir a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

El Decreto estableció que los jueces destituidos o suspendidos por la Comisión podían “apelar” de la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente (art. 9), con lo cual se pretendía convertir a la Asamblea en un órgano de alzada en el procedimiento administrativo.

Además, el Decreto destinó un conjunto de normas para regular la selección de jueces mediante evaluaciones y concursos públicos que, por supuesto, no se realizaron (art. 10 a 24).

En todo caso, la declaratoria de Emergencia Judicial tendría vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32), sin embargo, fue prorrogada de hecho por más de un año, por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a la competencia que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267). El Tribunal Supremo de Justicia, a partir de enero de 2000, fue así complaciente con la forma irregular de intervención del Poder Judicial, y se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones.

Con posterioridad a la aprobación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial, se emitió por la Junta Directiva de la Asamblea otro Decreto complementario de la intervención del Poder Judicial denominado “Decreto de Medidas Cautelares Urgentes de Protección al Sistema Judicial”. El mismo ni siquiera fue aprobado por la Asamblea, ni publicado en *Gaceta Oficial*, sino que fue dictado por la “Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente y la Comisión de Emergencia Judicial autorizadas por la Asamblea en una sesión extraordinaria del 7 de octubre de 1999”. O sea, la Asamblea se permitió, incluso, “delegar” en su Junta Directiva el supuesto poder constituyente originario que había asumido, hecho clandestino del cual no tuvieron conocimiento ni siquiera los mismos constituyentes. En todo caso, lo insólito de esta “delegación” fue que la fecha de emisión del Decreto fue el mismo día 7 de octubre de 1999, y ese mismo día fue reformado⁸⁰, razón por la cual no se entiende el porqué de tal delegación ni el porqué no fue sometido a la consideración de la plenaria de la Asamblea para su adopción por ella.

⁷⁹. En el debate ante la Asamblea, expusimos nuestra opinión y las objeciones a la forma como se procedía a la intervención de la justicia, señalando que: -Si bien la Asamblea Nacional Constituyente debe ser la instancia política para motorizar las reformas inmediatas al Poder Judicial, y para propender a la renovación de la Judicatura, ello no lo puede hacer directamente sustituyendo los órganos con competencia legal para ello, sino instruyendo, vigilando y haciendo el seguimiento de sus propuestas. De lo contrario, corremos el grave riesgo de desencadenar iniciativas indeseadas por violación de los Tratados Internacionales que obligan al Estado Venezolano a proteger la independencia judicial, la cual lejos de salvaguardarse, se lesiona abiertamente con el Proyecto de Decreto-. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit. p. 73.

⁸⁰. *Gaceta Oficial* N° 36.825 de 09-11-99.

En este Decreto, en todo caso, se ordenó la inmediata suspensión de jueces contra quienes pesaran siete denuncias o más, o que tuvieran averiguaciones penales abiertas (art. 1), siendo el objeto inmediato de la suspensión, como medida cautelar, la separación del cargo de los jueces y su sometimiento a procedimientos disciplinarios (art. 3). El Decreto ordenaba, además, la incorporación de los suplentes de los jueces suspendidos (art. 2). Por otra parte, el Decreto ordenó la suspensión de los Inspectores de Tribunales por conductas omisivas (art. 4) y facultó a la Inspectoría General de Tribunales para la designación de inspectores interinos (art. 5). Por último, el Decreto facultó a la Comisión de Emergencia Judicial -el mismo órgano que participó en su adopción- para extender las medidas dictadas a otras situaciones graves (art. 9). Este Decreto de medidas cautelares, sin embargo, reguló un recurso contra las medidas ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 10), buscando garantizar de alguna manera el derecho a la defensa que había sido olvidado en el Decreto anterior.

Contra las medidas que al efecto dictaron los órganos comisionados para ello, se recurrió ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que había sido creado por la propia Asamblea Nacional Constituyente luego de extinguir la antigua Corte Suprema de Justicia. Esta Sala en fecha 24 de marzo de 2000, dictó la sentencia N° 659, (Caso *Rosario Nouel*), en la cual declaró que:

La Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura, así como la Inspectoría General de Tribunales ejercieron una competencia que les fue atribuida por la Asamblea Nacional Constituyente, y en consecuencia su competencia emanó de una *voluntad soberana*.

Esta vez fue la Sala Político Administrativa del nuevo y renovado Tribunal Supremo, que había sido creado el 22-12-99 por la propia Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto sobre el “Régimen de Transición de los Poderes Públicos”, la que en esta sentencia le atribuyó a las decisiones de la Asamblea, carácter de “voluntad soberana”, es decir, directamente reconoció a la Asamblea la supuesta titularidad de la soberanía, lo que no tenía sentido, pues la única “voluntad soberana” que podía haber en el régimen constitucional era la que emanaba del pueblo, único titular de la soberanía, mediante el sufragio (elecciones) o votaciones (referenda).

En todo caso, con fundamento en estos Decretos se produjo la intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron jueces, con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la voluntad del designante, con lo cual, el Poder Judicial quedó signado por la provisionalidad, con su secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces⁸¹.

El Decreto de Medidas Cautelares de Protección al Sistema Judicial fue impugnado por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia el 19 de noviembre de 1999, habiéndose decidido la causa por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, pero en Sala Constitucional, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2000 N° 1320, (Caso *Gisela Aranda Hermida*), en la cual, al declarar la inadmisibilidad de la acción, consideró que el Decreto era:

Un producto del proceso constituyente recientemente vivido en Venezuela y que se encuentra dentro de los denominados actos constituyentes, respecto de los cuales esta misma Sala ha dejado sentado en anteriores oportunidades con fundamento en algunas sentencias pronunciadas por al entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno- que, al tener “(...) su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referendo del 25 de abril de 1999”, tales actos “(...) son para el ordenamiento que rige el proceso constituyente, ‘de similar rango y naturaleza que la Constitución’ como la cúspide de las normas del Proceso Constituyente”, concluyendo así que, “(...) habiendo sido asimilado el rango de las Bases Comiciales con el más alto escalafón de la jerarquía normativa en el proceso constituyente, es esta Sala Constitucional el Tribunal competente para decidir las acciones intentadas contra los actos de ejecución de dichas Bases...

Se destaca de esta sentencia la insólita decisión de atribuir carácter de “acto constituyente” de igual rango y naturaleza que la Constitución, no ya a una decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, sino de su Junta Directiva y de una Comisión creada por la Asamblea. La complacencia al nuevo poder no encontró límites.

Por último, también como parte de la intervención del Poder Judicial, la Asamblea Nacional Constituyente, esta vez “en uso a la atribución a que se contrae el artículo 1° del Estatuto de Funcionamiento de

⁸¹. Casi dos años después, en agosto de 2001, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia admitían que más del 90% de los jueces de la República eran provisionales. Véase *El Universal*, Caracas 15-08-01, p. 1-4. En mayo de 2001 otros Magistrados del Tribunal Supremo reconocían el fracaso de la llamada -emergencia judicial-. Véase *El Universal*, Caracas 30-05-01, p. 1-4.

la Asamblea y en conformidad con el artículo 1º del Decreto de Reorganización del Poder Judicial del 25 de agosto de 1999”, dictó otro Decreto que confirió facultades a la Comisión de Emergencia Judicial “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)⁸².

El resultado de toda esta intervención del Poder Judicial fue la designación indiscriminada de “nuevos” jueces sin concursos, muchos de los cuales quedaron dependientes del nuevo Poder que los había designado.

Pero lo más lamentable de todo este asalto al Poder Judicial, llevado a cabo por la Asamblea nacional Constituyente, con el cómplice silencio de la Corte Suprema, fue el Acuerdo adoptado por la propia Corte Suprema de Justicia de 23-08-99 y lo que produjo materialmente su “autodisolución”.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo⁸³, elaborado con ponencia de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual “fijó posición” ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; y sobre la designación de uno de sus propios magistrados (Alirio Abreu Burelli) como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial; con lo cual, como lo expresó la magistrado Cecilia Sosa Gómez, quien hasta ese momento presidía la Corte Suprema, al salvar su voto: “Estimo que al acatar el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve”.

Y así ocurrió, de hecho, tres meses después.

En efecto, en el Acuerdo, la Corte, sin duda ingenuamente y en un último intento de detener la avalancha inconstitucional que había provocado con sus imprecisiones, ratificó su “convicción” sobre el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente no había nacido “de un gobierno de *facto*, sino que surgió en un sistema de *iure* mediante un procedimiento al cual ella ha dado su respaldo”; y procedió a evaluar el Decreto “independientemente de los vicios que puedan afectarlo”, lo cual resultaba a todas luces extraño, por sólo decir lo menos. No es concebible que un Tribunal Supremo que es juez constitucional pueda “evaluar” un acto estatal que sospecha viciado, independientemente de sus vicios, no pudiendo un Tribunal Supremo desdoblarse así, acomodaticiamente.

En todo caso, de esa “acéptica” evaluación, la Corte Suprema captó el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato, a través de la citada Comisión, a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación. Consideró, además, la Corte, que la ejecución del proceso de reorganización judicial debía respetar los principios fundamentales del derecho a la defensa, de la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones y de la independencia y autonomía del Poder Judicial, lo cual precisamente no se había hecho ni se garantizaba en el Decreto que evaluaba, ofreciendo sin embargo, “su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto”, para lo cual, aunque parezca mentira, autorizó al magistrado Abreu Burelli para integrar la Comisión, lo cual también, en forma increíble, fue aceptado por éste.

De nuevo, el lenguaje impreciso y ambiguo utilizado en el Acuerdo condujo a que varios Magistrados salvaran su voto. El magistrado Héctor Paradisi León estimó que el pronunciamiento de la Corte no respondía al ejercicio de sus atribuciones, dada las “motivaciones altamente políticas” del Decreto. El magistrado Hermes Harting consideró contradictorio el Acuerdo, pues el Decreto de la Asamblea “transgrede derechos como el ser juzgado por sus jueces naturales y la garantía del debido proceso” al atribuir a la Comisión de Reorganización Judicial, en desmedro de las atribuidas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Judicatura. Similares contradicciones identificó el magistrado Héctor Grisanti Luciani. Finalmente, la magistrado Cecilia Sosa Gómez denunció la incoherencia del Acuerdo, al estimar que “Pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido”.

Denunció, además, la Magistrada Sosa la contradicción del Acuerdo, pues al:

⁸². *Gaceta Oficial* N° 36.832 de 18-11-99.

⁸³. Véanse nuestros comentarios sobre el Acuerdo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 141 y ss. Véanse, además, los comentarios de Lolymer Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, *cit.*, pp. 75 y ss.

Respaldo el contenido del Decreto de Emergencia Judicial dictado por la Asamblea, (la Corte) desconoce rotundamente no sólo el contenido de sus sentencias sino los límites demarcados en las bases comiciales que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal.

Consideró, además, que la Corte, con el Acuerdo:

Reniega su propia jurisprudencia, que fijó la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, y, consecuentemente, ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución.

La magistrado Sosa, sin duda, tenía claro el panorama futuro de la Corte, cuyos magistrados fueron removidos tres meses después por la propia Asamblea Nacional Constituyente. Por ello, denunció, además, que, con el Acuerdo, la Corte había permitido que la Asamblea enervara las facultades que el pueblo soberano:

Donde reside el único y verdadero poder originario”, confirió a la Asamblea, pues a la Asamblea no se la había autorizado “para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de “superpoder” donde se concentran todas las potestades públicas.

Consideró que ello lo había logrado la Asamblea “con el respaldo del Acuerdo” cuyo contenido deploró.

Advirtió la magistrado Sosa que la Corte, “mediante un artilugio jurídico”, se había sometido “a los designios de la Asamblea, aceptando que ella pueda sustituirse a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Judicial, a través de una falsa colaboración”. La Asamblea “no está por encima de la Constitución que le permitió existir” -dijo-, por lo que la Magistrado disidente denunció que, con el Decreto, la Asamblea:

Se arrogó atribuciones del poder constituido, y olvidó que debe responder sólo a lo que el pueblo soberano le autorizó...; ...ha violentado con esta actuación -validada por la Corte- esa Constitución, desconociendo abierta y flagrantemente sus postulados. Y, sin una Constitución simplemente no hay Democracia... con ese Decreto la Asamblea Nacional Constituyente rompió el equilibrio de esa Democracia.

La verdad es que ya lo había roto con anterioridad al haber perpetrado el golpe de Estado del cual el Decreto era una manifestación más, pero no la única. Finalmente, la magistrado Sosa denunció que más que “sumisión al Estado de Derecho”, la Corte con el Acuerdo, había declarado su “sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente”; y con ello, en definitiva, su disolución, como en efecto ocurrió tres meses después. Por último, la magistrado Sosa hizo esta definitiva afirmación, que patentizó la actuación de la Corte:

El miedo a desaparecer como Magistrados y el ansia de colaborar con una mayoría que se ha arrogado todos los poderes fue más grande que la dignidad y la defensa de los valores fundamentales que el Derecho y la Democracia imponen a la Corte Suprema de Justicia.

Basta glosar este voto salvado, tremendamente crítico, para entender la naturaleza del acto de sumisión de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional Constituyente. La magistrado Sosa, el mismo día del Acuerdo, renunció a su condición de Magistrado; y poco tiempo después, como se dijo, la mayoría de los otros Magistrados fueron sacados inmisericordemente de sus cargos, por el nuevo poder que ellos contribuyeron a entronizar, y del cual fueron sus primeras víctimas.

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, el proceso constituyente venezolano de 1999, institucionalmente comenzó a raíz de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 19-1-99, en la cual fundamentándose en la consideración del derecho a la participación política como un derecho inherente a la persona humana, el Supremo Tribunal abrió la vía para que mediante referendo, la soberanía popular se manifestara para establecer un tercer mecanismo de revisión constitucional, distinto a la reforma y a la enmienda que regulaba la Constitución de 1961, consistente en la elección de una Asamblea Nacional Constituyente que cumpliera tal tarea.

Las sentencias de la Sala Político Administrativa que siguieron a las de 19-1-99, de marzo y abril de 1999⁸⁴, dejaron claramente sentado el criterio de que la Asamblea Nacional Constituyente, que se originaría del referendo del 25-4-99, surgía al calor de la interpretación de la Constitución de 1961, quedando sometida a la misma y a las bases comiciales (estatuto de la Constituyente) que se aprobaran en el referendo. Estas bases comiciales, como manifestación de la voluntad popular, es decir, del pueblo como soberano poder constituyente originario, adquirieron entonces rango constitucional (naturaleza igual y similar a la Constitución).

⁸⁴. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 55; 169-198; 223 a 250.

La Asamblea Nacional Constituyente, así, se configuraba como un instrumento para la revisión constitucional y nada más. Se trataba de un poder constituido que, aunque extraordinario, no podía usurpar la autoridad de los poderes constituidos ordinarios (los regulados en la Constitución de 1961) y, por supuesto, no podría tener carácter alguno de “poder constituyente originario” que sólo tiene el pueblo.

El intento del Presidente de la República y del Consejo Supremo Electoral de pretender incorporar a las bases comiciales una expresión que buscaba atribuir a la Asamblea algún poder constituyente originario en la base comicial octava, fue debidamente frustrado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 18-3-99, en la cual ordenó eliminar de la base comicial octava la frase que calificaba a la Asamblea “como poder originario que recoge la soberanía popular”.

En todo caso, las imprecisiones y ambigüedades de las sentencias de la Sala, comenzando por las de 19-1-99, habrían de costarle caro, porque apenas se instaló la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25-7-99, al aprobar su Estatuto de Funcionamiento, como se ha dicho, se autoatribuyó el carácter de “depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía, con las atribuciones del poder originario”.

Atrás quedaron los esfuerzos imprecisos de la Sala Político Administrativa. Con esta decisión se produjo un golpe de Estado, es decir, la asunción por un órgano constitucional de la potestad de desconocer la Constitución que en ese momento estaba vigente; auto atribuyéndose la facultad, supuestamente:

En uso de las atribuciones que se le son inherentes, para limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conformen el Poder Público.

De poder constituido extraordinario, la Asamblea decidió convertirse a sí misma en poder constituyente originario, usurpándose al pueblo, violentando su voluntad expresada en la Constitución que estaba vigente de 1961. En esta forma, se autoatribuyó el poder de desconocerla y violarla a su antojo y medida, al someter a todos los órganos del poder constituido ordinario a su voluntad. Precisamente fue por ello que, en el Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea dispuso que:

Todos los organismos del Poder Público quedan sometidos a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea.

En cuanto a la Constitución de 1961, que era el texto vigente, como se ha dicho, la Asamblea resolvió que la misma, así como el resto del ordenamiento jurídico imperante:

Mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.

La Asamblea así, se autoatribuyó potestad constituyente para modificar la Constitución de 1961, no mediante la elaboración de un nuevo proyecto de Constitución que luego debía ser aprobado por el pueblo mediante referendo, sino directa e inmediatamente durante su funcionamiento mediante los llamados actos constituyentes, todo lo cual violaba las bases comiciales que habían sido aprobadas por el referendo, que habían dado origen a la propia Asamblea, a las que luego la Corte Suprema le atribuiría carácter supraconstitucional.

Con la aprobación del Estatuto de Funcionamiento, como hemos dicho, sin duda, la Asamblea dio un golpe de Estado contra la Constitución, desconociéndola, lo cual la Corte Suprema de Justicia no fue capaz de corregir. La Corte, quizás, creyó que podía salvarse de la guillotina constituyente, y como siempre sucede en estos procesos, fue la primera cabeza que rodó.

La Corte Suprema de Justicia, en efecto, fue llamada a pronunciarse sobre la violación, por el Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, de las bases comiciales que se habían aprobado en el referendo del 25-4-99; pero la Corte en un acto de dene-gación de justicia, se abstuvo de considerar tal violación. Esta técnica de avestruz se produjo con la sentencia de la Corte Plena del 14-10-99, que lejos de corregir la usurpación de autoridad realizada por la Asamblea, “legitimó” la inconstitucionalidad.

Por ello, en los actos constituyentes posteriores, la Asamblea Nacional Constituyente siempre invocaría, precisamente, esta sentencia para ejercer sus pretendidos poderes de desconocer la Constitución. En todo caso, el primero de estos actos fue, también precisamente, el acto constituyente del 22-12-99, que destituyó a los propios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que eliminó a la propia Corte y que creó, en su lugar, un Tribunal Supremo de Justicia, con nuevas Salas, designando a su gusto a los nuevos Magistrados. Muy pocos de la antiguos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia aparecieron en el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, pero uno que sí apareció seguro fue el Magistrado Presidente, Iván Rincón, ponente de la desafortunada sentencia de la Corte Plena del 14-10-99.

En todo caso, posteriormente, sería el Tribunal Supremo de Justicia creado el 22-12-99 por la propia Asamblea Nacional Constituyente e integrado por Magistrados afectos al nuevo poder, el que convalidaría todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente adoptadas al margen y desconociendo la Constitución de 1961, admitiendo una supuesta “supremacía de la Asamblea Nacional Constituyente como poder constituyente”.

En efecto, la sentencia N° 4 de 26-01-00 (Caso *Impugnación del Decreto de Régimen de Transición del Poder Público*), en esta forma, la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente el recurso, señalando expresamente que:

Dado el *carácter originario del poder* conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta N° 1 y la base comicial octava del referido referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y, por tanto, *la no sujeción de este poder al texto constitucional vigente para la época...*

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo de Justicia en la misma Sala Constitucional consideró los actos de la Asamblea Nacional Constituyente como de naturaleza “supraconstitucional”. Así lo señaló en la sentencia de 21-01-00 con motivo de otra impugnación del Decreto sobre “Régimen de Transición del Poder Público”; y de nuevo en otra sentencia con el mismo objeto de 20-06-00 (Caso *Mario Pesci Feltri*), en la cual la Sala Constitucional señaló que:

Las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente tienen un fundamento supraconstitucional respecto de la Constitución de 1961 y constitucional respecto de la de 1999.

Hasta ese momento, lo que se había considerado como de carácter supraconstitucional era únicamente la voluntad popular expresada en el referendo del 25-4-99; ahora, el Tribunal Supremo “equiparaba” los actos de la Asamblea, que era un órgano representativo del pueblo, a los del propio pueblo y reconociéndole tal igual carácter, se derivaba, entonces, que la Asamblea podía modificar la propia voluntad popular, lo cual era una aberración constitucional.

La misma Sala Constitucional, posteriormente, agregó lo siguiente al considerar la denuncia de violación por el “Decreto de Régimen de Transición del Poder Público”, de la Asamblea, del artículo 262 de la Constitución de 1999:

Esta Sala una vez más sostiene que la Asamblea Nacional Constituyente, como órgano del poder originario y en ejercicio de la competencia que es inherente a la organicidad de ese poder originario, podía dentro de la segunda etapa de transitoriedad antes referida -además de dictar, abrogar, derogar o modificar normas-, disponer la integración provisional de las nuevas estructuras políticas creadas por el nuevo Texto Fundamental, en aquello no definido de manera expresa por dicho cuerpo de normas.

Posteriormente, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo consolidó el carácter de “poder constituyente originario” de la Asamblea Nacional al dictar la sentencia N° 180 de 23 de marzo de 2000 (Caso *Allan R. Brewer-Carías y otros, impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público*), en el cual señaló entre otros aspectos, bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, lo siguiente:

Desde el 25 de abril de 1999, comenzó un régimen transitorio cuya finalidad no sólo era discutir y aprobar una nueva Constitución, por medio de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que según la pregunta 1° del Referendo Consultivo, la Asamblea se convirtió en un órgano con potestad para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Ese régimen transitorio finalizó con la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero dentro de este devenir, la Asamblea Nacional Constituyente decretó, el 12 de agosto de 1999 (publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.764, del 13 de agosto de 1999) la reorganización de todos los Poderes Públicos y reformó las funciones del Poder Legislativo.

Durante este régimen transitorio, estuvo vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, en lo que no colidiese con el régimen jurídico que creaba la Asamblea, ya que ésta ejercía en forma originaria el poder constituyente, por ser emanación del pueblo soberano, y por tanto, no existía norma superior preestablecido por encima de sus determinaciones, lo cual fue reconocido por sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, emanada de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia. Así, las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron un fundamento supraconstitucional con respecto a la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y conforman un sistema de rango equivalente a la Constitución, pero de vigencia determinada, con respecto a la Constitución que elaboraba.

Tal sistema, nacido de un poder constituyente e indivisible, situado por encima de las ramas del Poder Público, está destinado a regir toda la transitoriedad, hasta el momento en que los Poderes Públicos sean electos e inicien el ejercicio de sus competencias; es decir, que su teleología, consiste en “*la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución aprobada*” (artículo 3 del decreto que creó el Régimen de Transición del Poder Público, publicado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999).

Así, progresivamente, el juez constitucional, de “guardián de la Constitución”, que debía ser, primero representado en la Corte Suprema de Justicia por su ingenuidad al abrir la “Caja de Pandora” constituyente y llegar a someterse a la propia Asamblea Nacional Constituyente; y luego, representado en el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, creado por dicha Asamblea cuando extinguió a la Corte Suprema, y que ha sido el instrumento para la consolidación del autoritarismo; pasó a ser el amanuense de la Constitución del guardián, y durará en sus funciones hasta que le sirva y no le estorbe.

2005

14. CONSIDERACIONES SOBRE EL “HECHO COMUNICACIONAL” COMO ESPECIE DEL “HECHO NOTORIO” EN LA DOCTRINA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Revista de Derecho Público, N° 101, enero-marzo 2005,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 225-232

Resumen: *Con fundamento en un “hecho notorio judicial”, la Sala Constitucional en esta sentencia, establece los elementos que configuran el “hecho comunicacional” como especie de “hecho notorio” conformado por hechos, sucesos o acaecimientos divulgados en noticias (no opiniones) a través de los medios de comunicación, y que no han sido desmentidas.*

I. ANTECEDENTES

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia N° 98 de 15 de marzo de 2000, conforme al ordinal 1° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (“Cuando haya cesado la violación”) declaró inadmisibile un recurso de amparo que había sido interpuesto por el Coronel Oscar Silva Hernández contra una decisión contentiva del auto de detención que había sido dictado por el Tribunal Instructor de la Corte Marcial, por considerar que había cesado la violación alegada por el accionante, por haberse dictado en el proceso respectivo una decisión absolutoria.

Para adoptar su decisión, la Sala consideró que la sentencia absolutoria que había sido dictada, aún cuando no constaba en autos, constituía un “hecho comunicacional” (“hecho notorio judicial”) que no requería prueba, argumentando como sigue:

La Sala ha hecho estas consideraciones, porque a este Tribunal consta, ya que reciben los Magistrados a diario un resumen de lo publicado en la prensa, y además existe en este Tribunal Supremo un archivo hemerográfico, que con fecha 22 de octubre de 1999 de manera coetánea en varios diarios de circulación en la ciudad de Caracas, se publicó que en el proceso militar que se siguió ante la Corte Marcial contra el General de Brigada Ramón Rodríguez Mayol, y los Coroneles Juan Jiménez Silva y Oscar Silva Hernández, el cual es el mismo proceso identificado en este amparo, fue absuelto el Coronel (Guardia Nacional) Oscar Silva Hernández. En el diario El Universal, de fecha 22 de octubre de 1999 se reseña la noticia, al igual que en el diario El Nacional de la misma fecha, en la página D-7, donde además se reprodujo una gráfica del Coronel Silva Hernández con el subtítulo: “El Coronel Oscar Silva fue absuelto de todos los cargos”.

Dicha información se convirtió en un hecho publicacional notorio, que fija como cierto esta Sala, y que demuestra que la posible violación denunciada por el recurrente cesó antes que se dicte decisión en esta Sala...

Es decir, la Sala Constitucional, para declarar inadmisibile una acción de amparo se basó en la existencia de un hecho cierto, que efectivamente había acaecido, que era que se había dictado una determinada sentencia, por un tribunal preciso, en un proceso determinado, en una fecha precisa y en relación con la persona que accionaba en amparo, hecho del cual tuvo conocimiento la Sala y que consideró como suficientemente probado como “hecho comunicacional”, aún cuando el texto de la sentencia no cursara en autos.

Para dictar su decisión, la Sala argumentó sobre qué debe entenderse primero por “hecho notorio”; segundo, por “hecho publicitado”; tercero por “hecho comunicacional”; considerando a este último, en definitiva, sólo al hecho publicitado mediante noticias (no opiniones) que no ha sido desmentido, el cual debe responder a las características que se precisaron en la misma sentencia, y que se citan al final.

La sentencia de la Sala Constitucional, sin embargo, ha sido mal leída y peor interpretada, tanto en decisiones administrativas como en sentencias, como en el foro, donde abogados y funcionarios han llegado a considerar como “hecho comunicacional” las solas opiniones de periodistas expresadas en artículos de prensa o en entrevistas de televisión, y ello para obviar la obligación de probar los hechos alegados. Por ello, resulta indispensable precisar qué debe entenderse por “hecho comunicacional” conforme a lo efectivamente decidido por la Sala.

II. SOBRE EL HECHO NOTORIO

La Sala comenzó su argumentación haciendo referencia al principio del derecho medieval “*notoria non eget probatione*”, conforme al cual se “exoneraba de prueba al hecho notorio”, agregando que:

“la conceptualización de que debe entenderse por dicho hecho ha sido discutido por diferentes autores, siendo la definición del tratadista italiano Piero Calamandrei, en su obra *Definición del Hecho Notorio (Estudios Sobre El Proceso Civil)*. Editorial Bibliográfica Argentina 1945), tal vez la de mayor aceptación. El maestro Calamandrei lo definía así: “se consideran notorios aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión”. El principio de que lo notorio no requiere prueba fue acogido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, así como por el artículo 215 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que se trata de un principio que informa al proceso en general.

En efecto, en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil se dispone que “los hechos notorios no son objeto de prueba”; y en el artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal de 2001 (equivalente al artículo 215 del Código de 1998) dispone que “El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que el “hecho notorio” para que no tenga que ser probado, forme parte de la cultura de un grupo social, la Sala señaló que ello:

“se hacía impretermitible en épocas donde la transmisión del conocimiento sobre los hechos tenía una difusión lenta, sin uniformidad con respecto a la sociedad que los recibía, y tal requisito sigue vigente con relación a los hechos pasados o a los hechos que pierden vigencia para la colectividad, a pesar que en un momento determinado eran conocidos como trascendentales por la mayoría de la población. Dichos hechos no se podrán proyectar hacia el futuro, para adquirir allí relevancia probatoria, si no se incorporan a la cultura y por ello la Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de julio de 1993, acotó que la sola publicación por algún medio de comunicación social, sin la certeza de que el hecho fuere “conocido y sabido por el común de la gente en una época determinada”, no convertía al hecho en notorio, concepto que comparte esta Sala, ya que la noticia aislada no se incorpora a la cultura.

Ceñidos a la definición de Calamandrei, puede decirse que la concepción clásica del hecho notorio requiere, por la necesidad de la incorporación del hecho a la cultura, que el, por su importancia, se integre a la memoria colectiva, con lo que adquiere connotación de referencia en el hablar cotidiano, o forma parte de los refranes, o de los ejemplos o recuerdos, de lo que se conversa en un círculo social. Por ello son hechos notorios sucesos como el desastre de Tacoa, la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo, los eventos de octubre de 1945, la segunda guerra mundial, etc.

La Sala, por tanto, comenzó su sentencia estableciendo que a los efectos de la concepción del “hecho notorio”, ante todo tiene que tratarse de un “*hecho*”, es decir, de un *acontecimiento, suceso o acaecimiento que efectivamente haya tenido lugar*, y que por haberse conocido entró a formar parte de la cultura, se integró a la memoria colectiva, constituye referencia en el hablar cotidiano de las personas, parte de sus recuerdos y de las conversaciones sociales.

El hecho notorio, por tanto, ante todo tiene que ser un hecho (suceso, acaecimiento) *cierto, real, que sucedió indubitablemente*, y que por su conocimiento por el común de la gente debido a su divulgación (ya que no todo el común de la gente pudo haber presenciado el hecho), entonces no requiere ser probado.

De allí los precisos ejemplos que utilizó la Sala en su sentencia, todos referidos a hechos ciertos, reales, que efectivamente sucedieron o acaecieron: “el desastre de Tacoa” referido al hecho del incendio de tanques de combustible en la Planta de la Electricidad de Caracas en Tacoa (Litoral Central); “la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo”, referido al hecho del choque de un barco tanquero contra una sección del puente sobre el Lago de Maracaibo y la caída de dicha sección que interrumpió el tránsito; “los eventos de octubre de 1945” referidos al hecho conocido como la “Revolución de octubre” de 1945 que originó el derrocamiento del gobierno del Presidente Isaías Medina Angarita y la instalación de una Junta de Gobierno; y “la segunda guerra mundial”, hecho acaecido desde 1939 hasta 1945.

Es precisamente frente a tales hechos ciertos, que la Sala, en otra parte de su sentencia afirmó que:

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

III. EL “HECHO PUBLICITADO” O “HECHO COMUNICACIONAL”

La Sala Constitucional, en su sentencia, pasó luego a hacer consideraciones sobre lo que denominó “hecho publicitado” y “hecho comunicacional”, argumentando que en el mundo actual:

“con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, ha generado la presencia de otro hecho, cual es el hecho publicitado, el cual en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamársele el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.

Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social”.

La primera condición que precisó la Sala al precisar el concepto de “hecho comunicacional” es la necesidad de que *su certeza se haya consolidado porque el hecho no haya sido desmentido*. Por tanto, para que los hechos comunicacionales puedan ser una “categoría de los hechos notorios”, es indispensable ***que los mismos no sean desmentidos***, lo que significa que en principio también tiene que tratarse de hechos reales, *acaecidos efectivamente*.

Un hecho falso, que no acaeció efectivamente, por más que se publicite “como cierto, como sucedido”, si es desmentido, nunca puede adquirir la categoría de hecho notorio. Es decir, un hecho que jamás acaeció en la realidad nunca puede considerarse como “cierto” salvo que sea admitido por el común y nunca haya sido desmentido.

Por tanto, si el “hecho publicitado” es desmentido, nunca podría adquirir la categoría de hecho comunicacional como tipo de hecho notorio. La Sala, en esto, fue precisa indicando que, en este caso de un hecho publicitado, si bien “no se puede afirmar si es cierto o no”, lo cierto es que los medios de comunicación lo “publicitan un hecho como cierto”; pero dicha ***certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido*** a pesar de que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación”.

De allí la conclusión de la Sala en esta consideración sobre el carácter de los hechos publicitados ***“mientras no se desmientan”***:

De esta manera, el colectivo se entera de conflictos armados, de los viajes del Presidente de la República, de los nombramientos que hace el Congreso, de la existencia de crímenes y otros delitos, de la existencia de juicios, etc.

Estas noticias publicitadas por los medios (por varios) de manera uniforme, podrían ser falsas, pero mientras no se desmientan y se repitan como ciertas, para el que se entera de ellas son hechos verdaderos sucedidos, así su recuerdo no se haya dilatado en el tiempo.

Se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que, durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva.

La Sala, además, fue precisa en indicar que sería una “irrealidad” “pensar que este hecho del cual toma conciencia no sólo el juez, sino un gran sector del colectivo es de igual entidad que los otros hechos litigiosos”; agregando “Tan irreal es, que la doctrina enseña que es un requisito de validez del reconocimiento de individuos en rueda de personas, el que las fotografías de los posibles reconocidos no deben haber recibido publicidad previa al acto de reconocimiento”.

En consecuencia, para que un “hecho” que nunca acaeció, que sea falso y que sin embargo haya sido publicitado como cierto, pueda llegar a considerarse como un “hecho comunicacional” como categoría de hecho notorio, tal “hecho” no debe haber sido desmentido, es decir, debe haber sido aceptado.

IV. LOS “HECHOS COMUNICACIONALES” Y LOS HECHOS FALSOS

De lo anterior podría sin duda resultar el absurdo de que un hecho falso, es decir, que no haya sido tal, que no haya acaecido jamás, a pesar de ello podría llegar a convertirse en la ficción de “hecho comunicacional”, si el mismo se ha repetido en los medios de comunicación como verdaderamente sucedido, y haya consolidado certeza *porque nadie lo haya desmentido*. Sin duda, se trata de una situación excepcionalísima, delineada por la Sala Constitucional partiendo de la exigencia fundamental de que tales “hechos” no hubieran sido desmentidos.

Precisamente por ello, aún cuando un hecho falso pueda llegar a constituirse en un “hecho comunicacional”, porque no haya sido desmentido, en la misma sentencia la Sala Constitucional destacó que:

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

En otra parte de la sentencia, la Sala insistió sobre este aspecto del hecho comunicacional destacando que en el caso de esa “posibilidad mínima” de que tal hecho sea falso, “no se ocasionaría para nadie daño alguno” pues para ello está la facultad judicial de control, a cuyo efecto indicó lo siguiente:

Los medios de comunicación se proyectan hacia una sociedad de masas, que recibe conocimientos por diversos medios: prensa, radio, audiovisuales, redes informáticas, que uniforman el saber colectivo sobre los hechos que se presentan como ciertamente acaecidos (eventos), donde las imágenes que se transmiten o se publican someten con su mensaje a la masa a la cual pertenece el juez y las partes. Siendo así, ¿para qué exigir pruebas sobre esos hechos comunicados, si todos –así sean falsos– creen que al menos ocurrirían verazmente? Con aceptar que el juez como parte de ese conocimiento colectivo, así este sea transitorio y temporal, fije en un fallo un hecho, no se ocasiona para nadie ningún daño, porque si el juez inventare el hecho, la alzada y hasta la casación, al no conocerlo, lo eliminarían del mundo de los hechos ciertos, necesarios para poder sentenciar, y para ello bastaría la consciencia del sentenciador de la alzada de no conocer el hecho como cierto, ni poder tomar cuenta de él por no saber dónde buscarlo.

V. EL JUEZ Y EL HECHO COMUNICACIONAL

Ahora bien, delineado en los términos anteriores lo que la Sala Constitucional consideró como “hecho comunicacional”, la misma Sala en la sentencia se preguntó si “¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen?, dándose le siguiente respuesta:

Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

VI. ACREDITACIÓN DE LOS “HECHOS COMUNICACIONALES”

Sobre la acreditación en autos de los hechos comunicacionales, la Sala en su sentencia señaló lo siguiente:

En primer lugar, precisó que se trata de instrumentos contentivos de noticias, así:

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

En segundo lugar, precisó que el juez también puede fijarlo, cuando tenga conocimiento cierto del hecho comunicacional, indicando:

Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse, por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivas en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

En cuanto a la forma de acreditar los hechos comunicacionales, en otra parte de la sentencia, la Sala indicó lo siguiente:

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

En su sentencia, la Sala Constitucional concluyó su apreciación sobre el hecho comunicacional conforme a los principios del proceso y de la justicia expedita e idónea establecidos en la Constitución (arts. 2, 26, 257) señalando que:

a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración.

VII. LA NOTICIA COMO FUENTE DEL “HECHO COMUNICACIONAL”

Por otra parte, en la misma sentencia, la Sala Constitucional fue precisa al destacar que la fuente de los hechos comunicacionales tiene que ser la “noticia” precisamente como reseña de sucesos, eventos o acaecimientos que se han sucedido y que se publicitan, por lo que nunca pueden ser fuente de tales hechos comunicacionales, por ejemplo, las opiniones, entrevistas o apreciaciones de periodistas o personas que se publican. La Sala, en efecto, señaló lo siguiente:

El ejercicio del periodismo se hace efectivo mediante la comunicación de la noticia, que informa sobre el suceso nacional o internacional que se considera debe conocer el público. El área de la noticia es extensa: eventos naturales, humanos, sociales, culturales, judiciales, etc., son reseñados y transmitidos al colectivo. En los medios de comunicación, la noticia destaca ya que es uno de los fines primordiales del medio, y el periodismo se ejerce de esta manera, siendo el informante, el periódico o el noticiero; es decir, la empresa de comunicaciones.

La noticia, entendida como suceso reseñado, contrasta con otros contenidos de los medios, tales como artículos de opinión, entrevistas, remitidos, propaganda comercial, comunicaciones públicas, y avisos o llamados que ordena la ley se hagan mediante la prensa impresa y que muy bien pudieran ser parte de la comunicación radial o audiovisual, aunque la ley no los contemple.

De acuerdo con la doctrina de la Sala, por tanto, no pueden ser fuente de los hechos comunicacionales las “opiniones, testimonios, anuncios, cuya autoría y veracidad no consta”, pues “de este residuo se tiene certeza de que fueron difundidos, más no de su veracidad”; en cambio, “el hecho del cual se hace responsable el medio de comunicación y que varios medios lo presentan como sucedido efectivamente, resulta captado por el colectivo como un hecho veraz”. Por ello concluyó la Sala señalando que:

El hecho comunicacional es preferentemente la noticia de sucesos, pero de él pueden formar parte, como realidades, la publicidad masiva.

Sobre este último aspecto de la noticia y de la publicidad a los efectos del hecho comunicacional, la Sala indicó:

Si las publicaciones que la ley ordene se hagan por la prensa, como carteles de citación, edictos, balances, etc., producen efectos jurídicos y se tienen por conocidos por todos, no hay razón para considerar que el resto de lo que se comunica como noticia importante no goce del conocimiento común, aunque hay que distinguir del material publicitado de aquel que la ley ordena se publique y que por mandato legal se hace, para que la ficción de conocimiento abarque al colectivo, del resto de lo informado. De ese resto, existe la información de sucesos que es el meollo de la noticia, y que debe separarse del resto del contenido de lo difundido, como la publicidad, artículos de opinión, etc., que forman un sector del periodismo o de la comunicación diferente a la información de eventos, los cuales –como tales- deben interesar a la colectividad y le dan a la función periodística (en cualquiera de sus expresiones) el carácter de servicio público. Ello no quiere decir que la publicidad comercial, no llegue a surtir los mismos efectos que el nuevo difundido en cuanto a su conocimiento, ni que las ruedas de prensa reseñadas por diversos medios, no adquieran la dimensión de suceso de actualidad; pero en lo comunicado por los medios masivos, hay que distinguir aquellos que forman la noticia y que llaman la atención por su forma de presentarlos o exponerlos, de aquellos que no conforman el meollo del mensaje, como avisos, carteles, etc., que no son destacados por el medio de comunicación social y que no son del interés colectivo como eventos ocurridos.

Ahora bien, volviendo al meollo de la fuente del hecho comunicacional vinculada a la noticia, la sala precisó:

Desde este ángulo, las informaciones sobre sucesos y eventos que en forma unánime y en el mismo sentido hacen los medios de comunicación social de alta circulación o captación, son aprehendidos por toda la colectividad, que así sabe, por ejemplo, que se interrumpió una vía, se produjo un accidente aéreo, se dictó una decisión judicial en un caso publicitado, etc. Esta noticia tiene mucho mayor impacto que el cartel de citación, o la información que legalmente debe publicarse, que con su difusión por la prensa adquiere la ficción de ser conocida por la colectividad, sin tener el poder de captación que tiene la noticia destacada del suceso, a veces potenciada con gráficas, letras de mayor tamaño y otros elementos para su aprehensión visual (o conozca, según los casos), faltando además en los hechos puntuales (carteles, etc.), la mayoría de las veces, la publicación coetánea por varios medios.

Por la vía de la información periodística, el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el mundo conocer el hecho o tener acceso a tal conocimiento, no se hace necesario con respecto al proceso, mantener la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, principio general del derecho (que no se puede sentenciar sino de acuerdo a lo probado en autos). Tal principio persigue que el juez no haga uso de su saber personal sobre el caso, ya que de hacerlo surgiría una incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo, tal como lo decía el Maestro Calamandrei en la página 195 de la obra antes citada; además de coartarle a las partes el control de la prueba, ya que ellas no podrán ejercer el principio de control de hechos que solo conoce el juez y los vierte al proceso, minimizando así el derecho de defensa que consagra el artículo 49 de la vigente Constitución.

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del artículo 12 Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

VIII. CARACTERÍSTICAS DEL “HECHO COMUNICACIONAL”

Después de haber realizado todas las consideraciones anteriores, la Sala concluyó precisando las características del hecho comunicacional, indicando que, si bien “Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso”, “dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador”; de manera que:

Esos caracteres confluyentes son:

1) *Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia;* 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho *no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo*, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la **consolidación del hecho**, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

En consecuencia, el “hecho comunicacional” como especie del hecho notorio que no requeriría prueba, conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, sólo podría ser un hecho (un acaecimiento, un suceso o un evento y no una opinión o testimonio de un periodista), reseñado en los medios como una “noticia” (no como apreciaciones de periodistas), que por ser cierto, no puede estar sujeto a rectificaciones o dudas sobre su existencia o a presunciones sobre su falsedad, y que además, no haya sido desmentido.

2007

15. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA

Revista de Derecho Público, N° 109, enero-marzo 2007,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 565-592

Resumen: *Se analiza la sentencia N° 301 de fecha 27-02 de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual, después de declarar inadmisibile una acción popular de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, procedido, de oficio, a “reformular” sin debate procesal alguno al respecto, un artículo de dicha Ley que ni siquiera había sido de los impugnados. En este caso, la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, actúo como “legislador positivo” de oficio, práctica que es totalmente desconocida en el derecho comparado.*

La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, impunemente, ya ha asumido la función de “legislador positivo”, es decir, de legislador por iniciativa propia, o sea, dicta leyes de oficio, así se trate de leyes de reforma de otras leyes.

Hans Kelsen, creador de la concepción contemporánea de la Jurisdicción Constitucional, cuando en 1928 hablaba algo tímidamente del juez constitucional como “legislador negativo”, es decir, de su poder de eliminar leyes del ordenamiento jurídico cuando las anulaba con los mismos efectos derogatorios como si se tratase de una ley sancionada por el Parlamento¹; sin duda, ante el espectáculo que está dando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, podría haber estado a punto de retractarse de su invento, al menos como fórmula jurídica a ser aplicada por jueces como los que lamentablemente integran la Sala Constitucional venezolana.

Esta Sala Constitucional, en efecto, mediante sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007², (Caso: *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), luego de declarar inadmisibile una acción popular de inconstitucionalidad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas, Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, contra los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999³; en lugar de archivar el expediente, pasó seguidamente en el mismo texto de la sentencia de inadmisibilid, **de oficio** y sin debate procesal alguno, **a reformar** un artículo de la mencionada Ley, el artículo 31, que ni siquiera había sido de los impugnados.

La sentencia no sólo provocó la airada reacción de la Asamblea Nacional que acusó a la Sala de usurpación de la función legislativa, sino que puso en evidencia una vez más las inconstitucionales interpretaciones que en los últimos años ha venido haciendo impunemente la Sala Constitucional en Venezuela. El problema, por supuesto, es que el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional y a controlar las usurpaciones de funciones entre los órganos del Estado, es la propia Sala Constitucional, y a ella nadie la controla. Por eso la pregunta *Quis custodiet ipsos custodes?* sigue sin respuesta en Venezuela⁴.

¹. Véase Hans Kelsen, -La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)-, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, París, 1928, p. 250.

². Expediente N° 01-2862. Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.635 de fecha 01-03-2007

³. Decreto Ley N° 307, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.390 Extraordinario, de 22-10-1999.

⁴. Véase 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, Fondo Editorial 2005, Colegio

I. EL RECHAZO DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La Asamblea Nacional de Venezuela, en efecto, en fecha 22 de marzo de 2007, adoptó un Acuerdo, en el cual dispuso:

PRIMERO: Rechazar de la manera más categórica, por considerarlo inconstitucional, violatorio de derechos sociales y colectivos, y de la ética social, el numeral 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a continuar el proceso de declaración y recaudación del impuesto sobre la renta tal como lo establece nuestra legislación.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.⁵

Tal como lo reseñó la prensa de Caracas del 23 de marzo de 2007⁶, dicho Acuerdo había sido adoptado, por unanimidad, a propuesta del segundo vicepresidente del Parlamento, diputado Roberto Hernández, rechazando la “usurpación de poderes” por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “a raíz de la modificación del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta” que habría sido realizada por la Sala Constitucional en la sentencia citada en el mismo, considerando que dicha decisión había lesionado la función del Poder Legislativo.

El debate ante la Asamblea Nacional debió haber sido muy vehemente, pues conforme lo informaron los medios de comunicación, el Acuerdo aprobado habría sido precedido de otro que se habría aprobado previamente con un texto más fuerte y directo, en el cual no sólo se denunciaba la inconstitucionalidad en que había incurrido la sentencia de la sala Constitucional, sino que se la declaraba nula, y se incitaba a la desobediencia tributaria⁷.

Esa primera versión del Acuerdo según informaron los medios de comunicación, tenía el siguiente texto:

PRIMERO: Considerar nulo el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia NRO. 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a no aplicar el numeral 2 de la parte dispositiva del referido fallo. Por considerarlo acto violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar⁸.

El Acuerdo de la Asamblea Nacional, además de declarar inconstitucional a la sentencia de la Sala Constitucional, dispuso la conformación de una Comisión parlamentaria que se debía encargar de investigar una serie de denuncias que presentaron los diputados de la Asamblea sobre presuntas irregularidades en

de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

⁵. Véase en *Globovisión*, 22-03-2007

⁶ Véase *El Universal*, Caracas 23-03-2007, p. 1-1; *El Nacional*, 23-03-2007, p. 4, Sección política

⁷. Así lo ratificó posteriormente el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo: -lo que ha acordado la AN es pedirles a los organismos oficiales, en primer lugar, **al Seniat y, a todos los ciudadanos que no acate la parte de la sentencia que es inconstitucional por usurpación de funciones**. Independientemente de que el TSJ rectifique decimos que no se acate **la decisión**, porque cuando uno se encuentra frente a un acto que viola la Constitución uno aplica la Constitución y no aplica el acto. Incluso la Constitución expresamente se lo ordena a los jueces, que cuando hay incompatibilidad entre la Constitución y una Ley ellos aplican la Constitución y no la Ley. Si eso ocurre con una Ley uno se puede imaginar lo que ocurre con una sentencia, porque al fin y al cabo la Ley está por encima de la sentencia.- Véase en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1.

⁸. Véase en *Globovisión*, 22-03-2006

dicha Sala Constitucional. En el debate de la Asamblea, además, según informó en la prensa, se exhortaba al Poder Moral para que realizara las averiguaciones correspondientes, a fin de “determinar las responsabilidades de los magistrados y estudiar la destitución de éstos”⁹.

Entre las motivaciones del Acuerdo, estuvo la consideración de la competencia de la Asamblea para legislar, así como para supuestamente “ejercer la contraloría política y ética” sobre el Tribunal Supremo de Justicia; afirmando sobre la sentencia dictada por la Sala Constitucional que la misma:

“excede las funciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e invade competencias privativas de la Asamblea Nacional, cuando al interpretar el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, modifica sustancialmente el contenido del mismo, sus alcances y consecuencias jurídicas, aun cuando la nulidad del referido artículo no había sido denunciada y, declarándolo así expresamente en el numeral 2 de la decisión”.

En cuanto al debate en la Asamblea, tal como se reseñó en la prensa, se destacaron los planteamientos del diputado Hernández, segundo vicepresidente de la Asamblea, en el sentido de que “la modificación de leyes es facultad exclusiva del Parlamento, y no de ningún tribunal de la República, ni de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo”. Destacó que conforme a la Constitución “es la Asamblea Nacional la facultada para elaborar y sancionar leyes”, por lo que “no puede la Sala Constitucional modificar todo un artículo de nuestra legislación ordinaria”, denunciando que el Tribunal Supremo había sustituido “completamente el artículo 31 de la referida Ley por otro distinto”. Agregó, además, el diputado, que la referida modificación conllevaba “perjuicios económicos para el Fisco Nacional”, pues implicaba que dejaría de percibir tributos importantes.

Otro diputado, quien era a la sazón profesor de derecho administrativo de una de las Universidades de Caracas, (Carlos Escarrá), rechazó la sentencia y la calificó como “profundamente injusta e inconstitucional”, mediante la cual la Sala Constitucional abusó de su poder como juez constitucional, diciendo:

“El problema no es la potestad normativa ni si decidió más allá. El problema es qué decidió. Es el abuso de todo esto (...) Ellos han cambiado todo un conjunto de leyes, no de ahora, tienen 7 años en eso. Esos han sido los mismos magistrados que han creado un conjunto de tribus en el ámbito laboral, en el de menores y adolescentes y en el ámbito penal para favorecer determinados intereses”.

El diputado-profesor anunció en el debate que exhortarían a la Sala Constitucional “a revocar esa sentencia por contrario imperio”, pues de lo contrario el Poder Legislativo volvería a insertar el artículo 31 en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Sin embargo, no es la primera vez que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha reformado leyes¹⁰. Lo ha hecho en años recientes cuando reformó globalmente la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 para regular un nuevo procedimiento judicial¹¹ y establecer

⁹. Posteriormente, el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo afirmó que dicha Comisión tenía por objeto: -Determinar las responsabilidades de todo tipo que pueda haber. El informe se pasa al Poder Moral que es el que califica el hecho, de grave o no. Si lo califica como grave lo regresa a la AN y la AN decide la destitución o no (de magistrados). El martes nos instalaremos para la primera sesión-. Véase en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1

¹⁰. Contrariamente a lo afirmado por el Diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo, cuando afirmó que la Sala Constitucional -es la única vez que se ha hecho una modificación en los últimos 8 años. La facultad de legislar es privativa del Poder Legislativo y en este caso concreto la Sala Constitucional ha reformado un artículo de la Ley de ISLR. Ellos no están facultados para eso. ... Cuando el TSJ anula el artículo de una Ley por considerarlo inconstitucional está dentro de sus facultades, lo nuevo aquí es que hicieron algo que no estaba dentro de sus facultades que fue reformar un artículo. ... El cuestionamiento es que el TSJ está usurpando facultades que no le corresponden. ... Aquí decimos que la sentencia no es facultad de la Sala Constitucional, es facultad exclusiva nuestra. Los tribunales no pueden reformar artículos en la Ley y lo han hecho, cambiaron los términos esenciales.- Véase en *El Universal*, caracas 24-03-2007, p. 1-1

¹¹. Véase sentencia N° 7 de 1° de febrero de 2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ss. Sobre esto véase, Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, -El procedimiento de Amparo Constitucional, según la sentencia N° 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 139 a 176; María Elena Toro Dupouy, -El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Años 2000–2002)-, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, enero–diciembre–2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 241 a 256; María Elena Toro Dupouy, -El amparo contra decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Sala

nuevas normas en materia de competencias de los tribunales en la materia¹²; y lo hizo cuando reformó las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 para establecer nuevas normas en materia de procedimiento en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y en los juicios contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos¹³; sin embargo, es la primera vez que el legislador de verdad, la Asamblea Nacional, reacciona, y de qué manera, denunciando la usurpación de la función legislativa por parte de la Sala Constitucional, pues ahora se trata de una sentencia mediante la cual la Sala Constitucional “reformó” el texto de un artículo de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999, es decir, asumió *de oficio* la función legislativa positiva, sin ningún pudor.

En la sentencia, además, a los efectos de decidir, la Sala trató como puntos previos a su decisión de legislar, otros dos aspectos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes que deben destacarse previamente, por el interés que tienen en materia de justicia constitucional, sobre la legitimación activa en la acción popular de inconstitucionalidad y a la posibilidad de impugnación por inconstitucionalidad y de la declaratoria de nulidad de leyes ya derogadas.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

Durante el juicio de nulidad que se siguió ante la sala Constitucional con motivo de la acción popular ejercida, los representantes de la Asamblea Nacional opusieron la falta de legitimación de los recurrentes para intentar la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de impuesto sobre la Renta, argumento que desechó la Sala al considerar que conforme “al noveno aparte del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia” de 2004, la acción popular puede interponerse en Venezuela por “toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses”; norma que recoge lo que disponía el artículo 112 de la derogada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

Conforme a estas normas, la Sala consideró el tema de la legitimación activa en materia de control de constitucionalidad de las leyes¹⁴ como uno de “los criterios jurisprudenciales más consolidados en el marco

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El Amparo sobrevenido-, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, enero-junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 207 a 222. Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas-, trabajo elaborado para el *Libro Homenaje al Profesor Héctor Fix-Zamudio*, UNAM México, 2007 (en prensa)

¹². Véase sentencia N° 1 de 20 de enero de 2000 dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo (Caso: *Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia y otros*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Posteriormente, la misma Sala Constitucional fue dictando nuevas -normas- reguladoras de la competencia judicial en materia de amparo, en la N° 1555 de 8 de diciembre de 2000 (Caso: *Yoslena Chamchamire B. vs. Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 304 y ss.; y en la sentencia N° 26 de 25 de enero de 2001 (Caso: *José C.C. y otros vs. Comisión Legislativa Transitoria, Estado Portuguesa*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001. Sobre esto véase en general, Antonio Canova González, -La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo-, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 157-176; Luis Martínez Hernández, -Nuevo régimen de acción de amparo con motivo de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia-, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 209-265; Rafael Badell Madrid, -El amparo constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 87 a 129.

¹³. Véase, por ejemplo, la sentencia N° 1645 del 19 de agosto de 2004 (Caso: *Gregorio Pérez Vargas, Impugnación de la Constitución Federal del Estado Falcón*), en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 254 y ss. Véase Alejandra Figueiras Robisco, -La nueva jurisprudencia sobre las competencias judiciales y el procedimiento en el orden contencioso administrativo. Estado (provisionalísimo) de la cuestión-, en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 11-24

¹⁴. Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, -La legitimación activa ante la Justicia Constitucional en Venezuela- en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Brisbane-Australia)*, N° 139, Año LXIV, Enero-Junio 2002, Caracas 2002, pp. 229-276; -Standing to raise constitutional issues in Venezuela- en Richard S. Kay (Ed), *Standing to raise constitutional issues: comparative perspectives, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 67-92; -La qualité pour agir devant la juridiction constitutionnelle du Venezuela-, en *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris 2004, pp. 763-780; -Principios sobre la legitimación requerida para activar la justicia constitucional en Venezuela,

del derecho procesal constitucional”, en el sentido de que el interés para ejercer la acción popular en Venezuela no es un interés calificado, sino que, conforme lo decidió la Sala en sentencia N° 497/2003 (Caso *Ramón Alfredo Aguilar y otros*):

Para el ejercicio de dicha vía de impugnación, no obstante que el referido artículo 112 exige que el o los recurrentes hayan sido afectados en sus derechos o intereses por el acto impugnado, la jurisprudencia constitucional de la antigua Corte Suprema de Justicia, al igual que la de este Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado que basta ostentar un interés simple, que es el que tiene toda persona, natural o jurídica, que habite o resida en el territorio de la República en “la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía” (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 30 de junio de 1982, Gaceta Forense, n° 116, Vol. I, pp. 5 a 7); de allí que cualquier persona del pueblo (*actio popularis*), estando debidamente asistida para ello, está legitimada para interponer el recurso de nulidad contra cualquier acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución que, a su juicio, sea contraria al sentido, propósito y razón de una o varias disposiciones del Texto Fundamental.

No obstante, la amplitud de la doctrina de la popularidad de la acción debe advertirse que la Sala ha venido estableciendo “que no se trata de que en estas demandas no se exija siquiera un mínimo interés”, tal y como lo sostuvo en sentencia N° 2167/2004 (Caso *Cámara Venezolana de Laboratorios y otros*), en la cual “con ánimo de dar una mayor precisión al alcance de tales exigencias de interés procesal”, señaló que:

“En lo referido a la legitimación, esta Sala ha declarado en otras ocasiones (por ejemplo, fallo núm. 37 del 27 de enero de 2004; caso ‘*Flora Higuera*’ y núm. 1448 del 3 de junio de 2003) que en realidad nuestra legislación procesal no prevé una acción popular, en el sentido de estar reconocida a todos, pero sí una muy similar, debido a que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar. Por ello, la Sala ha preferido llamarla acción cuasi popular.

En una acción de esa naturaleza cuasi popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastará exponer la razón para impugnar la norma para que el tribunal -esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante carece del más mínimo interés, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde desvirtuarlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verificase de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana -para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad -no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación -incluso indirecta- de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad -ni siquiera probabilidad- de su existencia”.

En todo caso, a pesar de esta doctrina -de la cual rechazamos la utilización simplista del calificativo *quasi*, generalmente utilizado cuando no se sabe que es lo que se está diciendo-, la representación de la Asamblea Nacional la cuestionó, sugiriendo que la anotada posición jurisprudencial “ha alterado el contenido de la norma, fijando una interpretación *contra legem*”, pero sin mayores argumentos. Frente a ello, la Sala Constitucional se limitó a señalar que la demanda de nulidad dirigida contra una Ley “requiere de una manifestación de interés, pero que -dada la naturaleza general de tales actos- éste no amerita ser calificado, al punto que puede presumirse auténticamente su existencia”, afirmación con la cual según la Sala, se completa el contenido de la norma “desde una perspectiva cónsona con un Estado de Derecho y de Justicia” que “apuntala el derecho de acción como mecanismo de control ciudadano de las potestades normativas de los Poderes Públicos”. Con base en estos argumentos, la Sala consideró que los recurrentes tenían la legitimación activa requerida para accionar.

III. LA CUESTIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS LEYES DEROGADAS Y LA DECISIÓN SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

La segunda cuestión procesal que se planteó en el juicio fue sobre la carencia de objeto y la consecuente pérdida de interés procesal de los recurrentes, derivadas de la derogación de las normas impugnadas.

en *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo Piza E.* (diciembre 2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional República de Costa Rica, Instituto de Derecho Constitucional Costarricense, San José, Costa Rica, s/f., pp. 67-137.

En efecto, el Decreto Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999 cuyas normas habían sido impugnadas con la acción popular intentada había sido reformado por otro Decreto ley N° 1.544 de 2001¹⁵. Luego, algo más de un mes después, la Asamblea Nacional dictó la Ley N° 70, de reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta.¹⁶ Posteriormente otra reforma fue sancionada por la Asamblea Nacional¹⁷ y fue ese último texto normativo el que se encontraba en vigencia al dictarse la sentencia-reforma de la Sala.

El tema de la impugnación de leyes derogadas mediante el recurso de inconstitucionalidad tiene gran importancia, particularmente en relación con el tema de los efectos de las sentencias anulatorias de la Jurisdicción Constitucional, de manera que si estas solo tienen efectos *ex nunc, pro futuro*, como es la regla, la tesis tradicional es que las leyes ya derogadas, que cesaron de producir efectos, no pueden ser objeto de impugnación.¹⁸ En estos casos, en principio el juez constitucional no tendría que pronunciarse sobre un texto legal derogado, porque habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico, la decisión judicial carecería de objeto y sería innecesaria. Sin embargo, este incuestionable principio puede tener excepciones, precisamente en los casos en los cuales las leyes derogadas en alguna forma continúan produciendo algún efecto.

En esta materia, la Sala Constitucional, ha establecido en sentencia N° 1982/2003 (Caso *Daniel Buvat*), que el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado persiste en dos casos excepcionales, y, por tanto, de interpretación restrictiva: primero, cuando la norma impugnada se la ha trasladado a un nuevo texto, que sí esta vigente; y segundo, aun sin ese traslado, cuando la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo. Particularmente en relación con este segundo supuesto, la Sala en la misma sentencia señaló que por supuesto, “no es cualquier efecto jurídico el que justifica la resolución de las demandas dirigidas contra leyes que perdieron su vigencia durante el juicio”, sino que dichos “efectos deben tener relación con el propio demandante, que es quien debe tener interés en la declaratoria”, por lo que en este caso, el simple interés de la acción popular “no es suficiente para obtener sentencia de fondo en los casos en que el objeto del recurso ha fenecido”.

Este criterio fue sostenido por la Sala Constitucional en casos análogos que también se citan en la sentencia N° 301 que comentamos, en los que la Ley impugnada había desaparecido del ordenamiento jurídico, desde su sentencia del 8 de junio de 2000, posteriormente ratificado en sentencias N° 1.396/2000 del 21 de noviembre y 2.256/2001 del 11 de noviembre, entre otras, fijando el criterio de que si bien “la abstracción en el control concentrado de constitucionalidad es una característica del sistema [que se] corresponde a la concepción venezolana del recurso por inconstitucionalidad de leyes”, ello, sin embargo:

“sólo es predicable respecto de los casos en que la norma esté vigente, toda vez que la generalidad y abstracción de las normas hacen que cualquier otra persona pueda en un futuro estar sometida a ella. En cambio, si la disposición ya no existe, de nada valen pronunciamientos que no guarden relación directa con el demandante, lo cual es un aspecto que debe analizar la Sala en cada caso concreto”.

En el caso concreto, y en contra de los argumentos de los representantes de la Asamblea Nacional y del Procurador General de la República, los recurrentes sostuvieron que su interés en el juicio persistía a pesar de las reformas sucesivas de las normas de la Ley de Impuesto sobre la Renta, puesto que las normas impugnadas no habían sido modificadas en tales reformas y, por tanto, las denuncias de inconstitucionalidad efectuadas contra el primer Decreto ley persistían.

La Sala Constitucional, para resolver la controversia, precisó que la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto ley N° 307 de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se basó en la denuncia de que el Ejecutivo Nacional no habría acatado, al dictar el decreto ley, los límites que le había impuesto el Congreso al dictar la Ley habilitante o de delegación legislativa (artículo 203 de la Constitución) “para legislar en materia de impuesto sobre la renta; usurpando las atribuciones propias del Poder Legislativo y, con ello, violando el principio de legalidad tributaria”. Es decir, precisó la Sala que el juicio de nulidad no tenía:

¹⁵. Publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.557 Extraordinario, de 13-11-2001

¹⁶. *Gaceta Oficial* N° 5.566 Extraordinario, de 28-12-2001

¹⁷. *Gaceta Oficial* N° 38.529 de 25-09-2006

¹⁸. Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, -La decisión en materia de control de constitucionalidad en el derecho venezolano-, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 66 (Ponencias Venezolanas al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987, pp. 135-170.

“por finalidad determinar la correspondencia constitucional de un gravamen a los dividendos (Impuesto a las Ganancias de Capital), sino -ateniéndose estrictamente a lo alegado por la actora- a la forma en que éstos fueron regulados por el Presidente de la República, presuntamente, excediendo los límites derivados de la correspondiente ley autorizatoria”.

De ello, concluyó la Sala Constitucional, que:

Con tal premisa como base, y en contra de lo señalado por la actora, la circunstancia de que las normas impugnadas hayan permanecido en el decreto-legislativo que le sucedió, resta relevancia a un pronunciamiento de fondo en este juicio, atendiendo a las denuncias acá formuladas, puesto que ese nuevo acto normativo dictado por el Ejecutivo tuvo como *causa* una habilitación del Legislativo distinta de la que sirvió de base al primero y cuyos términos no son objeto del presente debate. Por tanto, al último de tales decretos no pueden trasladársele las denuncias efectuadas en contra del primero, menos aún después de que la Asamblea Nacional como cuerpo legislador dictó diversas reformas a ese texto normativo. Así las cosas, para los efectos de este proceso, ni siquiera si las normas impugnadas hubiesen sido reproducidas en las leyes que le siguieron, podría esta Sala entrar a analizar el contenido de las mismas (*vid.*, en este sentido, SC N° 2495/2006, Caso: *Estado Carabobo*), a menos que le fueran aplicables a las normas reproducidas los argumentos que fundaban originalmente la demanda de nulidad, lo que no es el caso de autos.

Con base en lo anterior, era evidente que, como lo dijo la Sala, “la afirmación de la parte accionante según la cual, como las normas acá impugnadas no sufrieron modificación alguna (al menos en el Decreto-Ley de 2001) tuvieron su origen en el Decreto de 1999, lo que justificaría su análisis en esta oportunidad, *debe ser desechada*”.

Pero, sin embargo, ello no ocurrió así, y la Sala *de oficio*, consideró que era necesario verificar “si las normas impugnadas preservan sus efectos de modo que amerite un pronunciamiento de fondo de la Sala”. Recuérdese, sin embargo, que la propia Sala reconoció que no se le había requerido en el libelo de la acción popular pronunciamiento alguno de fondo sobre el tema tributario, pues las denuncias de inconstitucionalidad formuladas se referían a vicios de forma en la emisión del decreto ley sin sujetarse a los límites de la ley habilitante. Y fue por ello por lo que la Sala concluyó señalando que:

“más allá de las denuncias abstractas planteadas por la parte actora, no surge de sus afirmaciones que de preservar sus efectos, los fundamentos de la nulidad pudieran ser aplicables en la actualidad, por lo que si bien -como antes se analizó- ella detentó inicialmente suficiente legitimación para intentar la demanda de autos, de forma sobrevenida perdió interés en el presente proceso, por las razones que se han expuesto y, en tal virtud, debe declararse inadmisibile la acción que dio lugar a esta causa. Así se decide.

Es decir, la Sala **declaró inadmisibile la acción popular**, diciendo además que nada tenía que “decir respecto del resto de las denuncias planteadas”. Con la inadmisibilidad de la acción, concluía el juicio. Sin embargo, ello tampoco fue así, y la Sala entonces pasó a legislar, de oficio, sobre materias que ni siquiera habían sido objeto de debate procesal, cuidándose de que los propios órganos del Estado con interés en el tema, como el SENIAT y la Asamblea Nacional conocieran de sus intenciones legislativas.

IV. LA SALA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA

En efecto, no obstante el pronunciamiento de declarar inadmisibile la acción intentada, la Sala Constitucional invocó el texto del artículo 5, segundo aparte, *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, argumentando que “en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público, dada la enorme relevancia y el intenso grado de afectación colectiva que caracteriza a los actos normativos”, concluyendo que:

“Conforme a ello, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional está autorizado para apreciar, de oficio, la violación de la Norma Fundamental, no obstante que la parte impugnante no haya advertido tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente”.

El artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo citado por la Sala, en realidad, dispone que:

5. P3. De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, *la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público.* Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Oficial del Estado* o *Municipio* según corresponda.

De esta norma resulta indubitable que lo que se permite a la Sala es poder *suplir de oficio las deficiencias del recurrente sobre las disposiciones denunciadas*, pero de ello la Sala dedujo impropia-mente sus supuestos poderes, no sólo *para conocer de oficio* de un juicio de interpretación abstracta de la Ley sin que mediara un juicio de nulidad¹⁹, ya que el juicio de inconstitucionalidad que se había intentado había sido declarado inadmisibile; sino, además, para *establecer de oficio nuevos argumentos respecto de normas distintas* a las que habían sido originalmente impugnadas, interpretarlas y modificarla como si fuera el Legis-lador. Y todo ello *de oficio*, es decir, a iniciativa propia. Como se ha dicho, los artículos que fueron denun-ciados como inconstitucionales en la acción popular fueron los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la ley, y el artículo que la Sala reformó en su sentencia fue el artículo 31 de la misma Ley, que ni siquiera se había mencionado en el debate procesal.

Para justificar este desprecio absoluto al principio dispositivo, a la separación de poderes y a las pre- visiones constitucionales sobre ejercicio de la función de legislar, la Sala se basó en las siguientes conside- raciones:

Por otra parte, siendo la Sala Constitucional el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, correspondiéndole velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, la Sala tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, *si bien puede declarar inadmisibile una demanda de nulidad, como en el caso de autos, la Sala puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, y con miras a evitar interpretaciones erradas, analizar de oficio la norma legal cuya nulidad ha sido solicitada, a fin de señalarle una lectura que la haga con- gruente con los principios constitucionales*, evitando así una errada interpretación por las otras Salas o los otros Tribunales de la República.

Se trata de una facultad de la Sala, derivada de la función que le asigna el artículo 335 constitucional, y del segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a la Sala no sólo suplir de oficio deficiencias o técnicas del recurrente, sino que al considerar que la nulidad de normas es de orden público, autoriza al Juez -como principio general del derecho- a proceder de oficio en resguardo del orden público (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil) y dictar cualquier providencia legal.

De allí, que, a juicio de la Sala, cuando no procede la nulidad de una norma por inconstitucional, la Sala puede no limitarse a declarar sin lugar la demanda, sino que, al declarar la validez de la norma, puede señalar la interpretación obligatoria que la adapta a la Constitución, tal como lo ha señalado entre otros, en sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002.

Esta potestad de la Sala, que emerge de su función constitucional, y que en otras oportunidades ha efectuado no decae porque se declare inadmisibile la acción del particular y no sin lugar la solicitud, ya que, por protección al orden público, la acción queda viva, impulsada de oficio, máxime cuando lo que la Sala va a efectuar es una interpretación en beneficio de la constitucionalidad de una norma, y por ello la Sala deja viva a la acción y entra a analizar las normas cuestionadas.

Y con fundamento en estas potestades que la Sala se auto atribuyó, pasó entonces a revisar las bases constitucionales que regulan el sistema tributario venezolano, “con el fin de que -sobre ese marco- sea revisada la ley objeto del presente examen”, por supuesto, en su conjunto y en los artículos que quiso la Sala o alguno de sus magistrados, sin relación alguna con los artículos de la Ley que habían sido denuncia- dos como inconstitucionales, e independientemente del debate procesal realizado en el juicio que concluía por inadmisibilid de la acción.

Revisó así la Sala, en su sentencia, conforme a su propio criterio y sin que nadie se lo hubiera reque- rido, las escuetas normas de los artículos 133, 316 y 317 de la Constitución que regulan el sistema tributa- rio²⁰, y de las cuales la Sala extrajo:

“los caracteres esenciales de los tributos que, íntimamente vinculados entre sí, sirven de base para ma- terializar la exigencia axiológica de la justicia tributaria: *generalidad* (todos deben soportar las cargas tri- butarias), *igualdad* (al momento de contribuir, se proscrib la discriminación) y *capacidad contributiva*

¹⁹. Véase el cuestionamiento sobre esos poderes de oficio véase, Allan R. Brewer-Carías, -Régimen y alcance de la actua- ción de oficio en materia de Justicia Constitucional en Venezuela-, en la *Revista Jurídica*. Universidad Arturo Miche- lena, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, N° 4, San Diego, 2006, pp. 13-39

²⁰. Sobre esas normas véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constitu- yente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Cara- cas 1999, pp. 52 y ss.

(que actúa como gozne entre la generalidad y la igualdad, como herramienta de medición concreta de la aptitud económica -absoluta o relativa- del contribuyente). En síntesis, todos deben pagar tributos, conforme su capacidad”.

Pasó luego la Sala a analizar la “compleja noción de capacidad contributiva”, que encuentra su límite en la prohibición de la confiscación, enlazada directamente con la exigencia de progresividad del sistema tributario, considerando que “el conjunto de instrumentos de política tributaria debe gravar en menor proporción a los contribuyentes de menores recursos. El sistema será regresivo si, por el contrario, los ciudadanos con menor dotación soportan el mayor peso de las cargas que el Estado impone por la vía impositiva”.

La Sala pasó de seguidas a referirse, en particular, a la importancia del Impuesto sobre la Renta, para lo cual consideró “basta anunciar la progresividad que informa este gravamen a la renta, como más acabada expresión de la capacidad contributiva y, por ello, al menos en teoría, eficiente instrumento de política tributaria y de redistribución de la riqueza”, deduciendo las siguientes notas características de este impuesto:”

(i) *Es impuesto directo*: ya que grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva, como es la renta.

(ii) *Es un impuesto de carácter personal*: está referido a la situación de un sujeto concreto y determinado.

(iii) *Es un impuesto subjetivo*: pues atiende las circunstancias personales del obligado. De tal carácter, se siguen, aunque a ellas no están limitadas, un conjunto de aminoraciones de la base imponible y de la cuota tributaria.

(iv) *Es un impuesto de carácter progresivo*: grava escalonadamente los distintos niveles de renta, sin perjuicio de que a determinadas rentas les resulte aplicable una tarifa proporcional.

(v) *Es un impuesto periódico*: se calcula sobre una base temporal concreta o ejercicio económico señalado por la ley que, generalmente, coincide con el año civil.

Partiendo de estos principios pasó entonces la Sala en su sentencia a “estudiar la presencia de los señalados caracteres, particularmente, en el gravamen que se efectúa a las personas naturales, con ocasión de los enriquecimientos obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”. Destacó cómo conforme el artículo 7, literal a) de la Ley de Impuesto sobre la Renta, las personas naturales son sujetos de aplicación de la misma, para lo cual deben pagar impuestos sobre sus enriquecimientos netos (artículo 8). A los efectos de determinarlos, el artículo 16 se refiere a los ingresos brutos constituidos, entre otros, por “los proventos producidos por el trabajo bajo relación de dependencia”; y sobre este tema en particular, es decir, “el caso de los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo”, la Sala Constitucional entonces, por primera vez en su sentencia, hizo referencia al artículo 31 de la Ley que define como enriquecimiento neto “los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”. A juicio de la Sala, “la consideración de tales ingresos como enriquecimiento neto, impide entonces que sobre ese monto se sustraiga costo o deducción alguna”.

Luego analizó la Sala el tema de las sustracciones de desgravámenes autorizados por el artículo 59 y en el artículo 60 (sobre desgravamen único) de la Ley para la determinación del ingreso gravable, indicando que “La operación matemática derivada de tales parámetros, ya sea sustrayendo de los enriquecimientos netos así estimados los desgravámenes particulares, o en su lugar, el denominado *desgravamen único*; da lugar a la determinación de la base imponible de este tributo”.

De acuerdo con el hilo de la sentencia, la Sala, en este punto, destacó la noción de base imponible que reviste una naturaleza trascendental para constatar la adecuación del tributo a los principios constitucionales que gobiernan la institución, indicando que “en el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva tomó una amplísima base: “los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”, noción que la Sala consideró “que guarda correspondencia con lo que la doctrina del derecho laboral define como *salario integral*, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual se “entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.

El tema central de este análisis fue la consideración que hizo la Sala en el sentido de que “frente a la extensa estimación de los enriquecimientos netos de los trabajadores, contrasta la mínima posibilidad a ellos dada para disminuir razonablemente la base sobre la cual habrán de tributar”, considerando respecto de los desgravámenes, que contienen “escasos conceptos que les resultan aplicables para lograr tal reducción; lo que prácticamente conduce a la utilización de la figura del desgravamen único, no como una opción, sino como la única alternativa legítima.”

Y así concluyó la Sala su tesis, encontrando, sin que nadie se lo hubiera pedido, que “la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados *desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos*”; concluyendo con que:

El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados.

Ello no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156.13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora.

Pero, la Sala Constitucional, después del anterior análisis y conclusión, reconoció que “La contrariedad absoluta al texto fundamental, sin embargo, no resulta apreciable de manera franca en las normas objeto del presente estudio”, por lo que entonces decidió referirse a su propia doctrina “en relación con el rol atribuido al Juez Constitucional” que estableció en la sentencia N° 952/2003 (Caso: *Margarita Farías*), para pretender fundamentar sus poderes de legislador positivo de oficio y pasar a reformar una ley. En dicha sentencia, la Sala, en efecto, había sentado el siguiente criterio:

En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado “legislador negativo” (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean claramente contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que, si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser de una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como “legislador negativo”, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...].

Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio por origen la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas, por cuanto mediante las mismas lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución, teoría que se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países. Ello conllevó a que en esos casos dichos Tribunales detenten la potestad para revisar si la norma discutida en una solicitud de impugnación se adecua correctamente con los principios de supremacía jerárquica, formal, material, teleológica y axiológica de la Constitución. Si de dicho estudio se observa que la norma cuestionada origina una duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que la Instancia Constitucional proceda a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a plantear posibles inconstitucionales, para así acomodarla al marco de la Constitución.

Esta modalidad de sentencias constituye un instrumento importante en la preservación del ordenamiento jurídico, toda vez que conlleva a que los jueces constitucionales no sólo eliminen normas contrarias a la Constitución que podrían originar lagunas que necesiten de otra regulación que si sea acorde a la norma primaria, sino que les permite en tanto y en cuanto la norma sea subsanable, interpretarla correctamente o

reestructurarla (siendo en este caso una decisión cuyos efectos serán *ex nunc*), siendo en caso de imposible reparación de la norma su consecuente eliminación, toda vez que la interpretación no constituye una suerte de legislación para el juez constitucional [...].

Respecto al ejercicio de la labor interpretativa ejercida por los Tribunales Constitucionales, la doctrina las ha clasificado como “sentencias interpretativas de rechazo” y “sentencias interpretativas de acogida” (BISCARETTI DI RUFFIA), o “sentencias interpretativas desestimatorias” y “sentencias interpretativas estimatorias” (PEÑA SOLÍS). En primer orden, se ha entendido como decisiones “de rechazo” o “desestimatorias”, cuando el tribunal extrae del análisis de la norma o de la interpretación de la proposición normativa que la misma no es contradictoria a la Constitución, siempre y cuando el precepto normativo sea interpretado conforme al análisis que haya asentado el Juez Constitucional en su motivación. Por su parte, en lo relativo a los fallos interpretativos “estimatorios” o “de acogida”, se ha expuesto que dichos fallos versan sobre aquellas situaciones en las cuales una disposición normativa se presta a múltiples acepciones o análisis que pudiesen ser considerados válidos. Tales supuestos originan que la labor del sentenciador se preste a verificar si cada una de las interpretaciones que conlleva la norma resulta viable respecto al postulado constitucional ante el cual se le cuestiona. Bajo esos supuestos, de verificarse que una o varias de las acepciones derivadas de esa norma resultan inconstitucionales, el juez debe entonces suprimir la interpretación que sea errónea y señalar cuál es el verdadero sentido de la misma. Ello conduce a que esta modalidad de decisiones tengan distintas clasificaciones, toda vez que la sentencia puede conllevar a una supresión de la norma (entendida en sentido intrínseco), o en una adición e inclusive, en una sustitución. En el primer supuesto, la decisión debe acordar que la norma es inconstitucional en aquello “que no dice”, por lo que debe establecer en su motivación el análisis sobre el cual existe el vacío legal. Contrariamente, en aquellas decisiones en que el fallo tenga un carácter supresivo o reductivo, la decisión acuerda la inconstitucionalidad en “aquello que dice la norma”, por lo que restringe el sentido de la misma. Finalmente, en lo concerniente a las sentencias sustitutivas, o las llamadas por un sector de la doctrina como “manipulativas”, el tribunal sustituye una parte del texto, tal como lo indica DI RUFFIA, implica en términos literales la ilegitimidad constitucional y la cambia por otra que esté formulada al mismo nivel de interpretación.

Esta doctrina, sin embargo, a lo que podría conducir es a la interpretación de una norma tachada de inconstitucionalidad *secundum constitutione*, a los efectos de no eliminarla del ordenamiento jurídico mediante su anulación, y dejarla vigente, pero para ser aplicada conforme a una interpretación acorde con el texto fundamental. Pero derivar de esta doctrina la pretendida potestad legislativa genérica de la Sala Constitucional, para modificar incluso *de oficio* normas legales que no han sido impugnadas de inconstitucionalidad, no tiene asidero alguno ni en Venezuela ni en el derecho comparado.

Sin embargo, supuestamente tomando en consideración el criterio jurisprudencial antes esbozado, la Sala consideró que en su “*opinión*” la norma del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores,

“puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (*salario normal*) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.

El mencionado artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta tal como había sido sancionado por la Asamblea Nacional, tenía el siguiente texto:

Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obviaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta ley.

Fue precisamente en relación con esta norma que la Sala formuló su “*opinión*” sobre el tema de las remuneraciones que deberían ser gravables respecto de quienes prestan servicios personales bajo relación de dependencia, y esa “*opinión*” la convirtió en ley, “con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario”; supuestamente “ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este

fallo”, a cuyo efecto y con carácter vinculante de acuerdo con el artículo 335 constitucional, la “Sala Constitucional *modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta*”, la cual entonces quedó con el siguiente nuevo texto o texto reformado:

“Artículo 31. *Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.*

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial (Subrayados de la nueva redacción).”

En esta forma, la Sala, supuestamente “ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución” *ajustó*, o más bien **reformó** una disposición de la Ley de Impuesto sobre la Renta para supuestamente ajustarla “a los postulados constitucionales”, considerando además que se adecuaba al texto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, reformando así, la norma, como si fuera el mismo Legislador. Es decir, asumió pura y simplemente la labor de legislador positivo, y de oficio, lo cual es absolutamente inconstitucional.

V. LA ACLARATORIA SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA-REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dictada la sentencia que reformó, con efectos vinculantes y *erga omnes*, el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, los recurrentes originales en el recurso que fue declarado inadmisibile y además, los representantes del Procurador General de la República y los representantes del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), solicitaron diversas aclaratorias a la Sala, particularmente en relación con los efectos temporales de la sentencia reformativa, dado sus efectos *erga omnes*, lo que era importante precisar dado que no se trataba de una sentencia anulatoria de una norma legal, sino de una sentencia “reformativa” de una Ley.

En atención a las solicitudes de aclaratoria, la Sala Constitucional, en sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007²¹, estableció la aclaratoria solicitada exclusivamente sobre los efectos del fallo en el tiempo. A tal efecto, reconoció que si bien en el caso concreto se había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, la Sala la declaró inadmisible y por tanto, no declaró la nulidad de los artículos impugnados, pasando en cambio, de oficio, a interpretar constitucionalmente el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, disponiendo entonces la reforma a la Ley, en forma vinculante.

Tratándose de una reforma de Ley, la Sala estimó que “lógicamente ella no puede ser mas que aplicada una vez que la sentencia que la contiene sea publicada en la *Gaceta Oficial* de la República”, por lo que concluyó señalando que “la interpretación que ha hecho la Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos *ex nunc*, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la *Gaceta Oficial de la República*, lo cual se hizo en la N° 38.635 del 1 de marzo de 2007”.

Ahora bien, tratándose la materia de una reforma de una ley tributaria como la de impuesto sobre la renta que se rige por periodos fiscales anuales, la Sala “en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal” *aclaró* en su sentencia que la reforma legal efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación”, siendo sólo aplicable, “a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada”.

Los solicitantes también requirieron de la Sala aclaratorias a la sentencia inicial referidas a “percepciones accidentales excluidas de la base imponible”, sobre lo cual el representante del SENIAT alegó que la sentencia de la Sala (es decir, la reforma a la Ley), “podría estimular la elusión fiscal en pro del aumento de beneficios que no poseen carácter salarial, tales como: bonos, dietas, pensiones, obviaciones y demás privilegios afectando directamente los objetivos sociales de la Revolución Bolivariana”.

²¹. Expediente N° 01-2862.

Este requerimiento fue desechado por la Sala, argumentando que en la motiva de la sentencia-reforma se había dicho con precisión que a los efectos de calcular el “*enriquecimiento neto de los trabajadores, éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal)*”... “*excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental*”, por lo que “independientemente del nombre que pueda dársele a una determinada remuneración, no puede afirmarse, como lo sostiene los representantes judiciales del SENIAT, que dicha interpretación “*podría estimular la elusión (sic) fiscal*”, aclarando que debería ser “*evasión al pago de los tributos*”, “*pues el quid para su inclusión o exclusión a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse, sin que pueda existir elusión alguna proveniente del fallo ya que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u otro tipo de remuneración*”. Concluyó la Sala en este aspecto resaltando:

“1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal”.

Finalmente, la Sala defendió su fallo, indicando que el mismo:

- “i) no se aleja de los principios constitucionales, menos aun del referido a la igualdad social;
- ii) no apunta hacia un retroceso en la concepción de salario ni propende a la evasión fiscal; y
- iii) no lesiona la política económica y tributaria del Estado, pues si se hace una lectura detenida de su motiva, se constata que los principios que inspiran a tal decisión son eminentemente constitucionales (justa distribución de las cargas públicas, capacidad contributiva, entre otros).”

VI. APRECIACIÓN FINAL

La sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, (Caso: *Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio*) que bien podría identificarse como Caso: *Sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, es una sentencia más, de carácter inconstitucional emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, viciada de usurpación de funciones, por la asunción de la función legislativa que corresponde a la Asamblea Nacional conforme al procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes; y, además, viciada de inconstitucionalidad por violación de la garantía del debido proceso que es inviolable en toda actuación judicial.

En efecto, como es bien sabido, corresponde en forma exclusiva a la Asamblea Nacional, legislar en las materias de la competencia nacional (artículo 187,1, Constitución), entre las que está la materia de impuesto sobre la renta (artículo 156,12, Constitución); competencia que, además, sólo puede ejercerse conforme a un procedimiento de formación de las leyes precisamente establecido en los artículos 204 y siguientes de la misma Constitución. Las leyes, entonces, son los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislativo (artículo 202, Constitución) y las mismas sólo pueden ser reformadas o derogadas por otras leyes (artículo 218, Constitución). Todas esas normas de la Constitución fueron violadas por la Sala Constitucional al “sancionar” una reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, como la contenida en la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, antes comentada; y además, al “sancionar” dicha reforma de una ley impositiva, sin que se hubieran cumplido con la obligación constitucional que se le impone al legislador ordinario, la Asamblea Nacional, de realizar siempre una consulta popular y en esta materia impositiva, en especial al SENIAT como órgano del Estado especializado, tal como lo impone el artículo 211 de la Constitución. La asunción de la competencia de legislar por la Sala Constitucional sin cumplir con esta obligación pone en evidencia un fraude a la Constitución, pues se ha pretendido legislar por otro órgano distinto a la Asamblea Nacional para evadir la obligación constitucional de consulta.

Y es que la sentencia-reforma de la Sala Constitucional es un ejemplo de reforma legislativa secreta, sancionada con sigilo, sin que nadie distinto a los magistrados-legisladores se enteraran del procedimiento y de su intención. Por ello, la sentencia de la Sala Constitucional, además, es violatoria de la garantía constitucional del debido proceso legal establecida en el artículo 49 de la Constitución, y que la propia Sala en múltiples sentencias ha considerado como absoluto e inviolable.

La Sala, en un proceso judicial de un juicio de nulidad de unos artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige un debate contradictorio entre partes, como las que participaron en el proceso, es decir, por una parte los accionantes denunciando la inconstitucionalidad de unas normas de la Ley, y por la otra, los representantes de la Asamblea Nacional, de la Procuraduría General de la República y del propio SENIAT; resolvió declarar inadmisibles las acciones, y entonces proceder a legislar en la oscuridad del Palacio de Justicia, sólo tenuemente iluminado por el

bello vitral que en él se exhibe, sin que nadie se enterara, en sigilo, a espaldas de las partes del proceso, de la colectividad de contribuyentes en general, y de toda otra persona que hubiera podido tener interés y que la Sala estaba obligada a convocar.

Los vicios en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, constituyen la negación de las bases del Estado democrático de derecho, atentando en forma inexcusable contra la majestad y prestigio de dicho Tribunal y de la Jurisdicción Constitucional que, al contrario, debería ser la garantía última de aquél.

16. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO INSTRUMENTO PARA ANIQUILAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PLURAL Y PARA CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CASO RCTV

Revista de Derecho Público”, No. 110, abril-junio 2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32.

Resumen: *El Caso Radio Caracas Televisión (RCTV) es uno de los más insólitos que muestra el elenco de decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, durante los últimos años, en contra de la Constitución, del Estado de derecho y de los derechos humanos. En este caso, la Sala Constitucional, de oficio, es decir, sin que parte alguna se lo hubiese requerido y por tanto sin garantizar el debido proceso, decidió confiscar bienes de propiedad privada, asignándoselos “en uso”, sine die, a un ente estatal, con lo que, además, aniquiló el medio de comunicación plural televisivo más antiguo del país. Lo grave de la decisión es que una similar no hubiese podido ser dictada ni siquiera por el Legislador y menos por el Ejecutivo, pues hubieran podido ser impugnadas por inconstitucionalidad ante el juez constitucional. En cambio, siendo dictada por el propio juez constitucional, la misma resultó impunemente inimpugnable.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con la complicidad de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal, en mayo de 2007, de nuevo, en lugar de proteger los derechos constitucionales de las personas, han conspirado como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para secuestrarlos y violarlos. El más alto nivel del Poder Judicial, así, ha lavado y avalado las arbitrariedades gubernamentales cubriéndolas con un velo de judicialidad, tal como ha ocurrido en el caso del cierre de la más importante estación de televisión del país, por cierto, crítica al gobierno del Presidente H. Chávez (Radio Caracas Televisión, RCTV).

En ese caso, la conspiración judicial ha tenido por objeto aniquilar la libertad de expresión del pensamiento plural y decretar impunemente la confiscación de bienes de propiedad privada, que ni el Ejecutivo ni el legislador podían hacer por prohibirlo la Constitución (art. 115), en ambos casos, violando expresas disposiciones constitucionales, pero con el agravante de que los conspiradores en este caso han actuado impunemente, porque saben que sus actuaciones no pueden ser controladas.

En efecto, en varias decisiones judiciales dictadas en mayo de 2007, en lugar de controlar las sucesivas arbitrarias e inconstitucionales amenazas y decisiones del gobierno de no renovar la concesión de uso del espacio radioeléctrico que la empresa RCTV tenía desde hace más de medio Siglo, no sólo el Poder Judicial rehusó sistemáticamente efectuar control alguno de las actuaciones del Poder Ejecutivo, sino que como dócil instrumento del gobierno, validó el cierre del canal de televisión, avalando el atentado que ello significó a la libertad de expresión y, además, como la entidad estatal (Fundación TEVES) que creó el gobierno para sustituir a RCTV no estaba en capacidad de transmitir efectivamente una señal de televisión con cobertura nacional, decidió, incluso en un caso, de oficio, y peor, que como si fuera gobierno arbitrario, confiscar los bienes de la empresa RCTV que cesaba en su actividad; asignándoselos “en uso temporal” indefinido y gratuito a la entidad oficial que comenzó a transmitir la señal de televisión en el mismo espacio radioeléctrico.

Para entender semejante atropello a la Constitución y a los derechos constitucionales de RCTV, cometido por el órgano judicial encargado de garantizar su supremacía, es conveniente hacer referencia a los antecedentes del caso, así como a las acciones judiciales que se intentaron buscando infructuosamente la respuesta del Poder Judicial en protección de legítimos derechos constitucionales que en este caso habían sido violados.

I. ANTECEDENTES

Las actividades privadas en materia de telecomunicaciones, en especial de las audiovisuales, se realizan en Venezuela conforme a un régimen jurídico que regula tanto las actividades de telecomunicaciones en sí mismas, como el uso de bienes del dominio público, cuando ello se requiera para la realización de aquellas. En ambos casos, las transformaciones del mundo contemporáneo en la materia han provocado una evolución de dicho régimen jurídico de las telecomunicaciones que se ha caracterizado por las siguientes orientaciones:

En cuanto a la *regulación de las actividades de las telecomunicaciones* en sí mismas, el régimen jurídico de las mismas, en las últimas décadas, muestra una evolución en cuanto al grado de intervención del Estado, que ha pasado de constituir una actividad que hasta el último tercio del Siglo XX siempre y en general había sido considerada como una *actividad reservada al Estado*, en la mayoría de los casos con la categorización de *servicio público*, y que en algunos casos excluía toda actividad privada en las mismas; a la *actividad de interés general de la actualidad*, en la cual los particulares *tienen derecho* a realizar las actividades, aún cuando sometidos a cierto control por parte del Estado mediante el cual se los autoriza o habilita a desarrollarlas.

En cuanto a la *regulación del uso del dominio público para las actividades de telecomunicaciones* la evolución del régimen relativo a su regulación ha pasado de ser, uno que por ejemplo, sólo se refería a la utilización del dominio público terrestre, aéreo y marítimo para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la instalación de cables (subterráneos, aéreos y marítimos); a la regulación contemporánea adicional, del *uso del bien del dominio público denominado espectro radioeléctrico para transmitir las ondas*.

El cambio efectuado en relación al régimen de las actividades de telecomunicaciones ocurrió en Venezuela con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 que estableció el principio de la libertad económica de las telecomunicaciones, eliminando la reserva de las mismas que antes tenía el Estado e incluso la misma denominación de “servicios públicos” de las mismas que disponía la vieja Ley de Telecomunicaciones de 1941.

Conforme a la nueva Ley, las actividades relativas a las telecomunicaciones pasaron entonces de ser actividades públicas que estaban reservadas al Estado, a actividades privadas realizadas por los particulares en ejercicio del derecho a la libertad económica (Art. 112 de la Constitución), en concurrencia con el Estado. En otros términos, incluso si algunas de dichas actividades de telecomunicaciones pudieran considerarse como servicios públicos, lo importante es que no se trata de servicios reservados al Estado los cuales, por tanto, pueden ser desarrollados libremente por los particulares, sujetos sólo a autorizaciones o habilitaciones administrativas. En realidad, la Ley Orgánica sólo estableció una reserva al Estado que ha quedado reducida a “los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional” (Art. 8).

Tratándose entonces en general de actividades no reservadas al Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica precisa que el objeto del marco de su regulación es “garantizar el derecho de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes”.

La consecuencia de esta liberalización del régimen de las telecomunicaciones fue la previsión de que, para su ejercicio por los particulares, sólo se requiere de la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y, de ser necesaria, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL (art. 5). Con ello, se insiste, respecto del régimen de las actividades de telecomunicaciones, la Ley Orgánica eliminó la reserva al Estado y el régimen general de concesiones (salvo por lo que se refiere al uso del dominio público del espectro radioeléctrico), sustituyéndolo por un régimen de libertad económica sólo limitada por la naturaleza de las actividades al ser de interés general, exigiéndose la obtención, para su realización, de una autorización administrativa.

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la reserva al Estado, la calificación de las mismas como servicios públicos y su ejercicio mediante concesiones administrativas, hacia un régimen de concurrencia en los que los particulares tienen libertad económica; la calificación de las actividades como de interés general y su ejercicio mediante de habilitaciones o autorizaciones administrativas, condujo a la Ley Orgánica establecer en sus disposiciones transitorias, un régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la

nueva Ley Orgánica (art. 210), basándose todo el régimen en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la nueva Ley.

Esa transformación se reguló en la Ley Orgánica, con carácter obligatorio, y en el procedimiento administrativo para lograrla se hizo participar a los interesados a cuyo efecto fueron llamados a solicitar la transformación de sus títulos jurídicos dentro de un plazo que estableció CONATEL (art. 210,7). Dicho procedimiento, que debía estar regido por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (art. 210,1), debía necesariamente concluir en el lapso de dos años siguientes a la publicación de la Ley, con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía sustituir la concesión o permiso inicial por una habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley. La transformación no debía implicar el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que al momento tenían los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (art. 210,3). La Ley dispuso, además, expresamente, que “mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos (Art. 210).

Conforme a esta previsión, RCTV solicitó oportunamente la transformación, la cual nunca fue decidida por el Estado, con lo cual siguió operando conforme a su vieja concesión la cual tenía una duración de 20 años, de acuerdo a lo establecido directamente en el Decreto N° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°), concluyendo el 27-05-2007; oportunidad en la cual RCTV en virtud de la abstención de la Administración de transformar la concesión, tenía el derecho preferente conforme al Decreto 1577, de que se le extendiera la concesión por otro período de 20 años (artículo 2).

El Estado venezolano, sin embargo, por manifestaciones directas del Presidente de la República, del Ministro de la Comunicación e Información, el Ministro de Telecomunicaciones e Informática y de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, desde finales de 2006 difundió en forma pública que RCTV cesaría de transmitir su señal de televisión el día 27 de mayo de 2007, cuando venciera la vieja pero vigente concesión que tenía. Al inicio, la razón de la medida anunciada fue neta y exclusivamente política, lo que era contrario a la Ley, y al final, las amenazas se convirtieron en actos administrativos concretos conforme a los cuales se habría decidido no renovar la concesión a la empresa, porque el Estado había decidido utilizar el espacio radioeléctrico que RCTV tenía asignado desde hace cinco décadas, para establecer una televisión de servicio público estatal. RCTV tenía derecho a la renovación, pues conforme al régimen de liberalización de las telecomunicaciones dispuesto en la Ley Orgánica de 2000, la renovación de los actos de habilitación no es el resultado de decisiones administrativas discrecionales sino regladas, a la cual tienen derecho los titulares de las mismas si se verifican los supuestos para su procedencia.

II. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS

Ante la arbitrariedad que se venía anunciando, el 9 de febrero de 2007 la empresa RCTV, sus directivos, sus periodistas y sus trabajadores intentaron ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo una acción de amparo contra la amenaza de violación de sus derechos constitucionales por parte del Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, al haber declarado pública y reiteradamente, fundándose en motivaciones políticas (todo lo cual llegó incluso a recopilarse y publicarse en un *Libro Blanco* editado en marzo de 2007 por el Ministerio de Telecomunicaciones), la voluntad del Poder Ejecutivo de que a partir del 28 de mayo de 2007, RCTV dejaría de operar como estación de televisión abierta en VHF; amenaza que se consideró inminente, posible e inmediata, y mediante la cual el Jefe de Estado y sus subordinados violaban:

- “(i) la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el artículo 57 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela (...) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)
- (ii) el derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído por una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8(2) de la Convención Americana y (iii) el derecho a la igualdad y la no-discriminación, garantizado por el artículo 21 de la Constitución y el artículo 24 de la Convención Americana, todo de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” (...).

La Sala Constitucional, mediante sentencia N° 920, EXP: 07-0197 de 17-5-2007 declaró inadmisibile la acción, para lo cual comenzó por precisar que en materia de telecomunicaciones, a juicio de la Sala, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que tenía RCTV, respecto del uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, era la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), razón por la cual consideró que la acción de amparo resultaba “inadmisibile, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agraviante”. La Sala, aquí, incurrió en su primer error de crasa ignorancia sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a las cuales, en forma expresa, la competencia en materia de habilitaciones y concesiones para televisión corresponde al Ministro de Telecomunicaciones.

Ahora bien, reducida la acción de amparo por decisión de la Sala sólo contra el Ministro y Presidente de CONATEL, la Sala Constitucional se refirió a dos actos administrativos dictados por el Ministro el 28 de marzo de 2007, después de que se había intentado la acción, contenidos en la Resolución N° 002 y en el Oficio N° 424, mediante los cuales se habría dado respuesta a la solicitud que había presentado Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, en cuanto a la transformación y renovación de su concesión. En el último de dichos actos, el Ministro había indicado (“resuelto”) que:

“la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira”.

Para la Sala Constitucional, este acto administrativo indicaba que había “cesado la circunstancia generadora de la presunta infracción constitucional en el presente caso”, pues conforme al artículo 6,1 de la Ley Orgánica de Amparo, “para que resulte admisible la acción de amparo es necesario que la lesión denunciada sea presente, es decir, actual”, concluyendo entonces que como:

“el hecho denunciado como lesivo lo constituye una presunta omisión atribuida al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, sin embargo, durante la tramitación del proceso de amparo el presunto agraviante produjo la respuesta omitida, por lo que, desde el mismo momento en que se dictó el acto administrativo resolviendo la solicitud planteada, cesó la lesión denunciada por los quejosos”.

En consecuencia, la Sala resolvió en este caso, que había sobrevenido “la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por haber cesado la presunta infracción constitucional denunciada”. Así, la Sala, deliberadamente, se rehusaba a proteger derechos constitucionales violados.

Pero, sin embargo, el juicio no concluyó allí, como era la lógica procesal, que implicaba el archivo del expediente, y la Sala Constitucional, luego de declarar inadmisibile la acción, entró a formular consideraciones que nadie le había solicitado, indicando que en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se había determinado:

“declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras”.

Por ello, a propia iniciativa, resolvió informarles a los solicitantes que la vía idónea para accionar en protección de los derechos constitucionales contra actos administrativos, era la acción contencioso administrativa, y como en el caso, RCTV, como era lógico, ya había intentado ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 18 de abril de 2007, el “recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007”, concluyó que en el caso a RCTV también se aplicaba la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6,5 de la Ley Orgánica de Amparo. Respecto de los demás accionantes se les indicaba que podían “hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses”.

En esta forma, la Sala Constitucional, en un juicio de amparo que se había intentado el 9 de febrero de 2007, sólo vino a decidir sobre su admisibilidad el 17 de mayo de 2007, es decir, tres meses después, habiendo sido su deliberada inacción la que provocaría la sobreviniencia de la causal de inadmisibilidad de la acción de amparo. De haberla decidido oportunamente, como se lo imponía la Constitución y los derechos reclamados, no habría habido motivos para declararla inadmisibile.

En todo caso, al declarar inadmisibile la acción intentada contra la amenaza de violación de la libertad de expresión, y la lesión efectiva del derecho al debido proceso y a la defensa, pues se había decidido no renovar la concesión sin procedimiento previo alguno, el juez constitucional, después de ilegítimamente conspirar para provocar el surgimiento de alguna causal de inadmisibilidad, renunció a proteger la libertad de expresión plural en Venezuela.

III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL

El 17 de abril de 2007, como se había reseñado en la sentencia antes comentada de la Sala Constitucional, efectivamente, RCTV, sus directivos, sus periodistas y empleados habían interpuesto un recurso contencioso administrativo de anulación con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra los actos administrativos contenidos en Resolución N° 002 y Oficio N° 0424 ambas de fecha 28/03/07 dictadas por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, antes mencionados, mediante los cuales se había resuelto declarar el decaimiento por falta de objeto de la solicitud formulada por RCTV en 2002, para la transformación de su título de concesión otorgado de acuerdo con la legislación anterior, en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como la desestimación de las solicitudes presentadas por RCTV el 24 de enero de 2007 para la renovación o extensión de la concesión para prestar el servicio de televisión abierta hasta 2027.

Mediante sentencia N° 00763, EXP: 2007-0411, de 23-05-2007 la Sala Político Administrativa admitió “provisoriamente el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado” para entrar a conocer de la solicitud de amparo cautelar que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad, la cual declaró sin lugar, renunciando así la Sala Político Administrativa, también deliberadamente, a proteger los derechos constitucionales que se habían denunciado como violados, y que fueron el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impedía a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante las frecuencias asignadas a RCTV, en todo el territorio nacional, así como también se restringía el derecho de expresión, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, lo que está prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y además, la violación del debido proceso y de derechos de contenido patrimonial, como la propiedad y la libertad económica.

Esta petición de amparo, tenía por objeto el que la Sala Político Administrativa ordenara al mencionado Ministro, que se abstuviese “de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional” mientras se decidiera el recurso contencioso administrativo de nulidad y que, además, tomase “todas las medidas necesarias a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación”.

Sobre estas peticiones, la Sala Político Administrativa decidió con toda simpleza, como sigue:

Sobre la violación alegada del derecho a la libre expresión del pensamiento, la Sala concluyó que sólo “mientras dure la concesión” era que:

“los recurrentes podrán ejercer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión empleando la frecuencia radioeléctrica asignada a RCTV, C.A. bajo el título jurídico que deriva de la concesión; lo cual en modo alguno implica una presunta violación al referido derecho, toda vez que los recurrentes podrán *dentro de la diversidad de los medios de difusión*, exponer sus ideas, opiniones e informaciones”.

Agregó además la Sala, con toda simpleza, como si ella lo creyera, que RCTV “tiene al igual que otros generadores de contenidos, la libertad de seguir ejerciendo dicho derecho a través de muchas otras formas de difusión, como lo serían los operadores de servicios de televisión por suscripción.”

Y concluyó sobre la violación de este derecho en su ámbito social, esto es, el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir ideas, informaciones y opiniones, que

“mediante los actos administrativos impugnados no se impide de manera alguna que la sociedad venezolana pueda recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de *muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social* de propiedad privada –que son la mayoría de los existentes en el país– a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho al debido proceso, frente al alegato de que al haberse dictado los actos impugnados “tanto el Ministro como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente con anterioridad a la emisión de los actos recurridos, la desestimación de la solicitud de “extensión y renovación” de la concesión a RCTV”, la Sala, simplistamente se limitó a considerar que para

“evidenciar la supuesta violación a ser oído por una autoridad imparcial, sería necesario efectuar un estudio minucioso de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones de las autoridades mencionadas, y confrontarlos con los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal referidas por los recurrentes, lo cual sólo podrá realizarse en la oportunidad de la sentencia definitiva, pues le está vedado al Juez que conoce del amparo cautelar pronunciarse sobre la legalidad; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho a la defensa, por la negativa del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática de evacuar pruebas de informes promovidas por RCTV, y permitirle el acceso al expediente, con motivo de la solicitud que había sido presentada el 24 de enero de 2007, la Sala simplemente se limitó a considerar que

“un pronunciamiento sobre la presunta violación del derecho a la defensa en este caso implicaría examinar la Comunicación N° 0424 a la luz de los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal aplicables, lo cual se verificará con ocasión de la sentencia definitiva; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

Y respecto de la mencionada solicitud de RCTV de 24 de enero de 2007 en la cual había solicitado al Ministerio que completara el proceso de transformación y se emitieran los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, y se reconociera su derecho adquirido a la extensión de los títulos de RCTV por un período adicional de veinte años, la Sala simplemente se limitó a decidir que lo pretendido por RCTV:

“comportaría realizar un estudio de la normativa legal aplicable al caso de autos, referida por la empresa en su solicitud, a los fines de determinar si, efectivamente, era necesario el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud formulada el 24 de enero de 2007, lo cual será decidido en la oportunidad de dictarse sentencia definitiva, por lo que debe desestimarse la presunta violación alegada al derecho a la defensa. Así se decide.

En relación con la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos, constituían una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y otras disposiciones legales, sin que ello se hubiese demostrado en forma alguna, la Sala simplistamente se limitó a señalar que en los actos impugnados no encontró “señalamiento alguno por parte de la Administración, donde se evidencie que el contenido de los referidos actos comporte una sanción a la empresa recurrente por el incumplimiento de normas legales”, declarando que “no ha quedado demostrada la violación alegada por los recurrentes sobre la presunción de inocencia de su representada. Así se declara”.

Sobre la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, conforme a la cual los recurrentes alegaron que a RCTV se la había tratado “de forma desigual con respecto a operadores que se encuentran en idéntica situación que RCTV, C.A. y a los cuales se les ha dado un trato diferente y más beneficioso”, la Sala se limitó simplemente a señalar que de las pruebas cursantes en el expediente, no se desprendía lo afirmado, y que los recurrentes no habían demostrado “la condición de igualdad de circunstancias y de discriminación que dice tener frente al resto de los operadores; por lo que se desestima el alegato relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Así se declara.”

Sobre la violación alegada de la garantía de irretroactividad de la ley, al desconocerse el derecho de preferencia de RCTV para la extensión por 20 años de su concesión de televisión abierta en VHF, dado que la Ley debía aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, la Sala se limitó también simplemente a señalar que para determinar dicha violación del principio de irretroactividad, debía necesariamente examinarse el contenido del Decreto N° 1.577 a la luz de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones y otras disposiciones de rango inferior al mencionado texto legal”, lo que “no corresponde ser examinada en esta etapa del proceso. Así se declara.”

Sobre la violación alegada del derecho de propiedad y no confiscación, en virtud de que con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión bajo el argumento de que el Estado se iba a reservar la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, se desconocían los derechos de RCTV para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reporta, la Sala se limitó, igualmente en forma simplista, a advertir que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado de telecomunicaciones y un bien de dominio público inalienable e imprescriptible, cuyo titular es la República

“la cual ejerce sobre dicho bien los atributos propios de esa titularidad; es decir, su uso, goce y administración, de conformidad con la Ley; por lo que esta Sala estima infundada la denuncia de violación del derecho de propiedad. Así se declara.”

Y sobre la afectación del derecho de propiedad sobre los bienes utilizados para la explotación de la concesión distintos del espectro radioeléctrico, la Sala también en forma insólitamente simplista, se limitó a observar:

“que el vencimiento de la concesión como mecanismo de extinción natural de la misma con un plazo de duración conocido de antemano por el concesionario, en modo alguno puede entenderse como un supuesto de lesión del derecho de propiedad sobre dichos bienes, por lo que se rechaza tal argumento. Así se declara.

La Sala, por otra parte, observó que en este caso “a pesar de estar en presencia del posible vencimiento de una concesión, hasta el presente no se ha invocado la figura usual de la reversión de los bienes afectos a la concesión en beneficio del concedente.” Es decir, la Sala aprovechaba una decisión judicial para enviarle un “mensaje” al Ejecutivo sobre algo que hasta ese momento “no se había invocado”, particularmente porque no procedía. En cuanto al alegato de la empresa recurrente de que la pérdida de ciertos beneficios económicos (lucro cesante y recuperación de la inversión) que la iban a afectar si se ejecutaban los actos impugnados, la Sala se limitó simplemente a señalar que

“la determinación de tal pérdida comporta necesariamente el análisis de la existencia o no de un derecho de preferencia a favor de la empresa recurrente para obtener la extensión o renovación de la concesión a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a aquel en que vence la concesión otorgada; razón por la cual no puede la Sala en esta etapa cautelar emitir pronunciamiento alguno con fundamento en un pretendido derecho que constituye parte de lo que debe dilucidarse en la decisión definitiva, debiéndose desestimar el alegato formulado sobre este punto. Así se declara.”

En cuanto a la violación alegada al derecho a la libertad, en virtud de que la ejecución de las decisiones impugnadas impedirían que RCTV pudiese ejercer la actividad que venía desarrollando, sin que se hubiese configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justificase dichas decisiones, la Sala, luego de analizar el carácter de dominio público del espacio radioeléctrico, se limitó a señalar también en forma insólitamente simple, que los argumentos sobre la disponibilidad de la frecuencia usada por la empresa:

“están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.”

Sobre el alegato de que la autoridad administrativa tenía la obligación de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tanto debía haber transformado los títulos de RCTV, la Sala, también con una simpleza pasmosa, se limitó a indicar:

“que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución N° 002 recurrida. Así se declara.”

Y en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el derecho de RCTV a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto N° 1.577, la Sala se limitó a indicar también simplemente:

“que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que –tal como antes se ha señalado– le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar, limitada a la protección de los derechos constitucionales.”

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Político Administrativa concluyó que en el caso sometido a su consideración no se verificó la presunción de buen derecho exigida a los fines de acordar la protección cautelar, con lo que, sin verificar el cumplimiento del *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, pura y simplemente declaró improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad de los actos impugnados.

La orden ejecutiva había sido dada, y la simpleza de los argumentos lo que confirman es la sumisión del órgano judicial a los dictados del Poder Ejecutivo.

IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES

Pero después de haber declarado sin lugar la protección cautelar de amparo a los derechos constitucionales que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad contra los actos administrativos impugnados dictados por CONATEL, la Sala Político Administrativa pasó a formular, **de oficio**, unas consideraciones teóricas sobre el régimen de concesiones en materia de telecomunicaciones, pretendiendo así suplir lo que quizás percibía como eventuales carencias argumentales de las autoridades administrativas. El juez contencioso administrativo, así, se pretendió convertir en Administración, incurriendo en una ilegitimidad judicial.

En efecto, en la antes referida sentencia de 23-05-2007, la Sala Política Administrativa emitió un “*obiter dictum*”, que significa, “algo dicho al pasar” o incidentalmente, es decir, un “dicho sea de paso”, en el cual indicó que “la *concesión* es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los *servicios públicos*, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado”, respecto de la cual “resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado” agregando que “una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión”.

Concluyó la Sala indicando que:

“el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que, en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

Con este “dicho sea de paso” del juez contencioso administrativo, el Tribunal Supremo tomó dos iniciativas de oficio, sobre temas que no habían sido ni eran objeto del debate en el juicio, y adelantó opinión sobre el fondo del juicio. De nuevo, el juez contencioso administrativo pretendió guiar a la Administración y suplirle sus supuestas carencias.

1. El tema del servicio público y las telecomunicaciones

En efecto, en primer lugar, la Sala en su “dicho sea de paso”, calificó la concesión de uso del espacio radioeléctrico para transmitir televisión como una “concesión de servicio público”, lo cual no es jurídicamente correcto.

Es cierto que históricamente, las actividades de telecomunicaciones habían sido consideradas en muchos países y en épocas distintas como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión de servicio público otorgada por el Estado.

Todo ello, sin embargo, cambió en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y

servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también fue eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general. Este es el régimen que se establece precisamente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a la cual las actividades de telecomunicaciones no son actividades que estén reservadas al Estado, por lo que incluso si se las llegara a calificar como “servicios públicos”, serían de los servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para su realizarlas, sujetos a las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, particularmente en cuanto a la obtención de una autorización o habilitación por parte del Estado, a través de CONATEL.

En relación con estas actividades, por tanto “la concesión de servicio público” no existe, pues las mismas no están reservadas al Estado, y se prestan mediante autorización o habilitación; y sólo en los casos en los cuales sea necesario utilizar bienes del dominio público (como el espacio radioeléctrico) para realizarlas, lo que se requiere es una “concesión de uso del espacio radioeléctrico”, es decir, una concesión respecto de un bien del dominio público, tal como se regula en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por tanto, es un error jurídico del juez contencioso administrativo pretender considerar la concesión que tenía RCTV como una “concesión de servicio público”. El juez contencioso administrativo pretendió ilegítimamente sustituir a la Administración, y se equivocó jurídicamente.

2. *El tema de la reversión en las concesiones*

Pero el error jurídico del juez contencioso administrativo en su actuación de oficio no sólo se quedó en haber calificado erradamente la concesión para transmisiones de televisión, conforme al régimen liberal de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 como una “concesión de servicios públicos”, sino en haberse referido, en este caso, ilegítima y erradamente a la institución de la reversión en las concesiones.

En efecto, es su “dicho sea de paso”, de oficio y sin que el tema se hubiese siquiera mencionado en las actas procesales, la Sala Político Administrativa, al referirse a que una vez expirado el término de vigencia de una concesión de servicio público “se produce de pleno derecho la extinción de la relación”, agregó que también se producía “usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.”

Con ello, el juez contencioso administrativo pretendió también sustituirse a la Administración, pretendiendo suministrarle argumentos que supuestamente consideró que la Administración no había esgrimido en el caso en sede administrativa, con lo cual incurrió en una nueva ilegitimidad y en otro error jurídico, pues contrariamente a lo que indica, al extinguirse las concesiones de telecomunicaciones o de cualquier otra actividad, la reversión no opera “usualmente” sino sólo cuando la ley o el propio título de la concesión lo indica expresamente.

Es cierto que uno de los principios más clásicos del derecho administrativo en relación con concesiones de servicios públicos, de construcción y uso de obras públicas incluso en bienes del dominio público, había siempre sido el de la necesaria reversión del servicio o de la obra construida a la Administración concedente una vez extinguida la concesión. Se trató de un principio que buscaba asegurar la continuidad en la prestación del servicio público o del uso de una obra pública, independientemente de la participación del concesionario, una vez extinguida la concesión.

Sin embargo, al tratarse de un medio de extinción de la propiedad privada del concesionario sobre los bienes afectos al servicio o de las obras construidas, la garantía constitucional de la propiedad y de la reserva legal, progresivamente impusieron el principio de que la reversión debía estar establecida en texto legal expreso. Incluso, en ese sentido, fue que la Constitución de 1961 estableció el principio de la reversión en materia de concesiones de hidrocarburos, en relación con las tierras (inmuebles) afectados a las mismas.

En ausencia de texto legal expreso, por tanto, la reversión sólo podría proceder si en el contrato de concesión se la dispone y regula. La reversión, en efecto, perdió su antiguo carácter de “elemento esencial” de toda concesión y pasó a ser un elemento de la relación que opera únicamente en caso de pacto expreso.

Esta, por lo demás, es la orientación que se siguió en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (*G.O.* N° 5394 Extra. de 25-10-1999), al disponer en el artículo 48 relativo a la “reversión de obras y servicios” que es el respectivo contrato el que debe establecer, entre otros

elementos, “los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo”. A tal efecto, la norma también dispone que, durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser revertidos se verifique en las condiciones convenidas en el contrato.

Igualmente, dicha norma dispone que el contrato debe expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario no sujetas a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En consecuencia, si no hay una disposición legal que establezca la reversión de bienes en concesiones de servicios públicos, de obras públicas o de uso del dominio público, o si no está dicha reversión prevista en el contrato de concesión, al terminar la concesión el concesionario no está obligado a revertir a la Administración ningún bien que se haya construido o que haya estado afecto a la concesión, ni puede la Administración pretender apropiarse o tomar posesión de los mismos. Solo podría hacerlo mediante expropiación, conforme a la Constitución y la Ley. De lo contrario se trataría de una confiscación prohibida en la Constitución.

En el caso de la concesión de uso del dominio público radioeléctrico de RCTV, nada se había dispuesto, por lo que sugerir como lo hizo el juez contencioso administrativo que “usualmente” ocurría la reversión en las concesiones resolviendo un caso concreto de la concesión que tenía RCTV, se constituyó en una incitación a la confiscación de bienes, que la Administración se había cuidado de ni siquiera plantear, pero que luego ejecutaría la Sala Constitucional, precisamente porque nadie puede controlar sus decisiones.

3. *De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado*

Por último, la Sala Político Administrativa, en su “*obiter dictum*” adelantó abierta e impunemente opinión sobre el fondo de la cuestión en cuanto a la nulidad alegada por violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, al indicar respecto de RCTV que “en modo alguno existe en su caso la violación del referido derecho constitucional”.

En efecto, en su “dicho sea de paso”, *de oficio*, el juez contencioso administrativo agregó lo siguiente:

“Así, destaca la Sala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que, en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

El juicio que cursa ante la Sala Político Administrativa y donde se dictó la sentencia sobre la negativa de las medidas cautelares solicitadas, tiene precisamente por objeto determinar el derecho que RCTV tenía a continuar operando el canal de televisión y así, ejercer su derecho a la libre expresión del pensamiento, para lo cual se impugnaron los actos administrativos mediante los cuales decidió, por una parte, no continuar el procedimiento de transformación de la concesión de RCTV para seguir operando, y por la otra, no renovar la concesión a que tenía derecho. Es decir, el juicio trata, precisamente, del derecho de RCTV a seguir operando después del 28 de mayo de 2007, cuando vencía su concesión, mediante su adaptación y/o renovación.

Sobre esto, el juez contencioso administrativo, en su sentencia, de oficio y sin debate judicial, incidentalmente, “diciendo algo de paso”, simplemente dijo que la concesión de RCTV vencía al término que tenía de la concesión, es decir, tenía “como límite la duración de la concesión” que era hasta el 27 de mayo de 2007; y decidió de una vez por todas, que “en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional; y que RCTV” supuestamente, sin concesión, podría “seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.

Con esta decisión emitida de paso y de oficio, la Sala Político Administrativa insólitamente y contra todos los principios del debido proceso, ya ponía fin al juicio, sin declararlo expresamente.

Con esta decisión judicial, por otra parte, el juez contencioso administrativo convertido en coadyuvante de la Administración, le lavaba el camino que requería el Ejecutivo para no renovar la concesión a que tenía derecho RCTV, y sentaba criterios que hasta ese momento no se habían planteado, como los relativos a la reversión de bienes en este tipo de concesiones.

V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, *SINE DIE*, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO

Aparte de las acciones ejercidas por RCTV, sus directivos, periodistas y empleados, en mayo de 2007 se ejercieron una serie de acciones por grupos de usuarios de las telecomunicaciones, contra el Presidente de la República y el Ministro de las Telecomunicaciones, la mayoría tendientes a que se asegurara la continuidad de las transmisiones de la señal en el canal que tenía asignado RCTV, y que fuera esta empresa la que continuara transmitiendo la señal; y una que buscaba asegurar que fuera la nueva entidad estatal creada al efecto, Fundación TEVES, que iba a transmitir la nueva señal, la que lo hiciera con cobertura nacional.

1. *La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional*

El 22 de mayo de 2007, en efecto, varios Comités de Usuarios de las telecomunicaciones actuando en representación de sus intereses colectivos y de los derechos e intereses difusos del pueblo venezolano, intentaron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, una acción de amparo constitucional “para la protección del derecho fundamental a la confianza legítima, del derecho fundamental a la no discriminación, y del derecho fundamental a obtener una televisión de servicio público de calidad” conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información y, la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES).

El argumento básico de los demandantes en esta acción de amparo fue que según los anuncios del Ministro de Telecomunicaciones, la nueva televisora en el inicio de sus operaciones sólo iba a ser vista en el centro occidental del país, lo que consideraron que era “evidencia manifiesta de que el Ejecutivo Nacional no ha tomado todas las medidas necesarias... para garantizar a todos los ciudadanos el disfrute, a nivel nacional, de las transmisiones de la nueva estación de televisión de servicio público, a partir del día 28 de mayo de 2007”. Ello, consideraron los recurrentes, era una violación de los derechos constitucionales a la confianza legítima, a la no discriminación y a obtener una televisión de servicio público de calidad, supuestamente garantizados por los artículos 22, 19, 108 y 117 de la Constitución, señalando que “Nuestra expectativa es (...) a disfrutar, insistimos por ser un derecho, de un servicio de televisión de servicio público (*sic*) de calidad, como al efecto fue ofrecido por el Ejecutivo Nacional al pueblo venezolano (...)”. Alegaron, además, que el anuncio de que la transmisión a nivel nacional de la señal del nuevo canal se realizaría mediante el sistema de televisión por cable suponía una “*clara discriminación de cara al acceso universal a dicho servicio*”.

En su demanda de amparo, los accionantes solicitaron como medidas cautelares innominadas que se permitiera

“de manera temporal a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma, conformada por transmisores, antenas y torres repetidoras ubicadas en distintos sitios del territorio nacional, que viene siendo utilizada por la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., para el uso y explotación de la porción del espectro radioeléctrico bajo la concesión que vence el próximo 27 de mayo de 2007, independientemente de sus propietarios o poseedores” y que “se le ordene a (...) RCTV (...), permitir a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma de transmisión y repetición para facilitar (...), que las transmisiones de la nueva televisión (...) sean en todo el país, en virtud que dichos equipos e infraestructura, legal y técnicamente, sólo pueden ser utilizados bajo la frecuencia del canal 2 (...)”.

Sin embargo, era evidente que, para asegurar la continuidad de la transmisión de la señal de televisión en este caso, no era necesario que se le asignara al Estado el uso de los bienes de propiedad de RCTV; al contrario, como lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disiente que formuló respecto de la decisión de la Sala, el asegurar la continuidad de las transmisiones:

“se habría garantizado con mucho mayor eficacia si, como medida cautelar, se hubiese permitido a la actual operadora del espectro radioeléctrico la continuación provisional de sus actividades hasta cuando se produjese la decisión de esta causa —o de cualquiera de las otras en donde tal medida fue expresamente solicitada— porque resulta evidente que resultaría mucho más sencillo que RCTV simplemente continuase en la ejecución de sus actividades ordinarias que la ocupación de su propiedad por parte de un tercero que debe empezar de cero.

Así, si el derecho difuso cuya protección se pretende es la del disfrute de la señal abierta que actualmente transmite RCTV “a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos [en] que se venía prestando”, la medida congruente, la que habría satisfecho el carácter instrumental inmanente a toda cautela, habría sido la que se expuso *supra* y no la que se acordó.”

Y es que en efecto, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 956 EXP: 07-0720 de 25 de mayo de 2007, al declarar admisible la acción intentada contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), resolvió la medida cautelar solicitada acordando, ni más ni menos, la confiscación de los bienes de propiedad privada de RCTV, empresa que no es parte en el juicio, y a la cual en violación a sus derechos al debido proceso y a la defensa no sólo no se la citó no oyó, sino que ni siquiera se le permite por sí misma hacerse parte en el juicio.

El juez constitucional fue increíblemente cuidadoso en disponer el procedimiento a seguir, dándole a los demandantes cinco días de despacho para promover pruebas (artículo 862 CPC), ordenando que se emplazara al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU), en virtud de que “en el presente caso, existe un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos erga omnes que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar”. La Sala ordenó igualmente que se publicara “un edicto en uno de los diarios de mayor circulación nacional, llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses,” pero con la expresa advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que *apoyen las posiciones de aquellas* con quienes coadyuvarán”; y de que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven.”

Es decir, antes de resolver confiscarle los bienes a RCTV, la Sala había resuelto que esa empresa no podía alegar, probar o defenderse por sí misma sino apoyando las posiciones de los demandantes o de los demandados.

Todo ello lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz quien en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, advirtió que la sentencia nada decía

“acerca de la ausencia, dentro de los demandados, de RCTV, a quien se pretende se ordene que permita a TEVES el uso de sus equipos e instalaciones, sin que siquiera se la traiga a juicio para la legítima defensa de sus derechos, entre otros, en forma ostensible, el de propiedad. Así, puesto que de ella se pretende una conducta determinada o que a ella sea condenada, ha debido ser llamada a juicio como legitimada pasiva.”

Concluyendo su voto disidente expresando que

“En consecuencia, la medida cautelar que fue solicitada ha debido ser negada por la Sala porque no era la adecuada para garantizar el fin para el cual fue dictada y porque implica la desposesión de todos los bienes indispensables para el ejercicio de la actividad económica de su preferencia de un *tercero ajeno a la litis, sin límite, sin procedimiento y sin contraprestación alguna y sin siquiera llamarlo a juicio*”.

2. La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”

Pero fijados los términos adjetivos del caso, la Sala Constitucional pasó a resolver la medida cautelar, advirtiendo que el artículo 27 de la Constitución “le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”; observando además que en ciertas ocasiones, el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, para lo cual precisamente se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales.

Advirtió también la Sala, que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos en aras de mantener el orden público constitucional, poderes que “no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación ... *aun de oficio*”, y no sólo “fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de *justicia y razonabilidad* que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”.

Pasó así la Sala a efectuar la ponderación de intereses necesaria para acordar y justificar una tutela cautelar, para “equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados”. Ello llevó a la Sala, en este caso, a realizar dicha ponderación de intereses conforme a las características

particulares de una actividad como las telecomunicaciones, “sometida a un régimen estatutario de derecho público –Ley Orgánica de Telecomunicaciones–, regido por los principios constitucionales establecidos en los artículos 108 y 117 de la Constitución”.

Ahora bien, el primero de dichos artículos establece la obligación del Estado de garantizar “servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”. Según la Sala, en desarrollo de los mencionados postulados constitucionales la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene precisamente por “objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes” (art. 1), destacando entre los objetivos de la Ley Orgánica el “hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último” (art. 2,7); e “incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones (art. 2,8).

De estas normas dedujo la Sala que el Estado está supuestamente obligado a “procurar la satisfacción eficaz del servicio universal de telecomunicaciones y asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad, en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios de comunicación un medio de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos”; agregando que dicha obligación no resulta sólo en “la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico”, sino “en situaciones de necesidad asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio público”; considerando que puede “el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio”.

Luego pasó la Sala a considerar “lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual consagra una obligación estatal de garantizar la efectiva protección del servicio universal de telecomunicaciones, en los siguientes términos:

“El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.

El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

De esta norma, que, sin duda, se refiere a *los servicios de telefonía*, la Sala dedujo un “deber del Estado de garantizar el servicio universal de telecomunicaciones –vgr. transmisiones en señal abierta en frecuencia VHF–” lo que en el caso pensó que implicaba “el mantenimiento de una estructura operacional suficiente o adecuada que permitan una eficaz ‘penetración, acceso y asequibilidad’, en el desarrollo de la actividad.”

Aquí es necesario detenerse un instante: la Sala Constitucional, incomprensiblemente, o deliberadamente, *confundió todo en materia de telecomunicaciones*, y de una norma que está destinada a asegurar el servicio universal de *telefonía*, dedujo un supuesto “servicio universal de televisión”. La norma citada por la Sala, es decir, el artículo 49 de la ley Orgánica, es copia del artículo 37,1 de la Ley General de Telecomunicaciones española, la cual, a su vez, es copia de las Directrices de la Unión Europea en la materia, y sólo se refiere a los servicios de telefonía. La norma persigue que, en las habilitaciones para servicios de telefonía, siempre se asegure el servicio telefónico básico (universal), es decir, la transmisión de voz, fax y datos de baja velocidad con calidad de voz, que es el que tiene que ser asequible a todos, con independencia de su lugar de residencia y poder adquisitivo, y que tiene que contener unas prestaciones y una calidad prefijadas.

Al aplicar una norma que regula los servicios de telefonía a la televisión (recuérdese incluso que en España la televisión no está regulada en la Ley General), la Sala Constitucional llegó a conclusiones falsas y distorsionadas, entre las cuales está que a la nueva operadora del canal de televisión que tenía RCTV debía asegurársele “el actual alcance y calidad de señal que mantenía la operadora de dicho servicio en el ejercicio de sus funciones y deberes de operador televisivo, conforme a la respectiva concesión.”

De allí dedujo la Sala arbitrariamente que se podía concebir que:

“la Administración pueda hacer un uso temporal de los bienes afectos a la prestación del mencionado servicio, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo (vgr. servicio de salud, agua, electricidad).”

Entonces la Sala concluyó en los términos de los accionantes, citando declaraciones de autoridades ejecutivas, en el sentido de que

“la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida por CONATEL de radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF –en virtud del conocimiento que posee esta Sala por hecho público, notorio y comunicacional–, no contará con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos que se venía prestando’.

Con base en esta premisa, entonces, dado que en este caso no cabía reversión, ni ello lo había acordado el Ejecutivo, para asegurar el propósito fijado por el juez constitucional, y ya que no había forma de quitarle sus bienes a RCTV, la Sala procedió a confiscárselos, asignándosele el uso de los mismos, *sine die*, y de manera gratuita a CONATEL, para lo cual la Sala acordó:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un **servicio público universal**, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, sin que ello implique menoscabo alguno a los derechos de propiedad que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

Como se dijo, esta medida cautelar constituye una confiscación de los bienes de RCTV, pues despoja a dicha empresa sin fórmula de juicio de su propiedad, sin límite de tiempo. Como bien lo observó el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, la Sala con la medida cautelar acordada

“asignó” a CONATEL “el derecho de uso” de los equipos propiedad de RCTV –suerte de expropiación o, a lo menos, de ocupación previa con prescindencia absoluta del procedimiento aplicable– para acordar su uso “al operador que a tal efecto disponga”.

Ello, según el Magistrado disidente,

“implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa.

Para tal efecto, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, pasó a enumerar todos los lugares del territorio nacional donde se encontraban ubicados los equipos, apreciando en sustitución del Legislador, que el “el derecho de uso” de los equipos que oficiosamente asignó a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala, finalmente, sustituyéndose una vez más en las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

3. *La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado*

Además de la acción referida en el numeral anterior, cursaban ante la Sala Constitucional, como se dijo, una serie de acciones intentadas por otros sujetos y Comités de Usuarios para la defensa de sus derechos colectivos y de los intereses difusos de la población venezolana.

Una de dichas acciones fue interpuesta el 24 de mayo de 2007 por un grupo de ciudadanos actuando “en su propio nombre y de la sociedad venezolana”, así como por el vocero principal de un comité de usuarios (OIR). Se trataba de una acción de amparo por intereses difusos y colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada, esta vez contra el Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información, establecidos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este caso, los demandantes formularon su pretensión contra las constantes amenazas de cierre del canal 2, RCTV, emitidas de manera reiterada por los funcionarios demandados desde diciembre de 2006 hasta el presente, “cierre que sin duda restringiría los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información del pueblo venezolano” al verse “privados de la posibilidad de disfrutar de un canal de televisión del que todo el pueblo ha disfrutado desde hace 53 años en forma ininterrumpida, y que cuenta con la más variada programación tendiente a satisfacer las exigencias del pueblo venezolano”; considerando además, que el cierre anunciado “tiene su causa, no en supuestos incumplimientos de las normas de telecomunicaciones que no harían posible la renovación de la concesión, sino que responde a un castigo a dicha planta televisiva por incluir dentro de los mensajes que transmite, mensajes que el gobierno considera adversos” lo que convertía el supuesto en “un claro caso de violación a la libertad de expresión”, especialmente de los accionantes y del colectivo venezolano. Los accionantes, dada la inminencia de la amenaza de violación de los derechos constitucionales que denunciaron por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de RCTV, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitaron

“se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento”.

En este caso, por tanto, la acción de amparo en representación de intereses difusos se introdujo con el petitorio cautelar que la Sala Constitucional le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación mientras durase el juicio.

En sentencia N° 957 recaída en este caso (expediente: 07-0731) el 25 de mayo de 2007, la Sala Constitucional admitió la acción interpuesta sólo respecto del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, pues en cuanto al Presidente de la República, la Sala la declaró inadmisibile, “toda vez que no tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia”, pues de manera equivocada la Sala nuevamente consideró que sólo competía a CONATEL, todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produjeran entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta.

Al admitir la acción, y antes de pronunciarse de oficio sobre la confiscación de los bienes de RCTV, la Sala también fijó, deliberadamente, las reglas adjetivas del procedimiento a seguirse, de manera de cercenarle a RCTV su derecho al debido proceso y a la defensa.

En tal sentido, dispuso que se le concedía a los demandantes cinco días de despacho para promover las pruebas, con la carga de su preclusión de no hacerlo dentro del referido lapso; que como en el caso existía un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar, debía emplazarse al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU); y que debía publicarse un edicto en la prensa llamando “a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses”, pero con la advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán”; y que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven”.

En esta forma, ilegítimamente se aseguraba que RCTV no pudiera comparecer por si misma y alegar y probar con independencia de los accionantes, ya que la medida cautelar que seguía recaería sobre sus bienes, confiscándolos, para lo cual no se había asegurado su derecho a la defensa.

En efecto, lo insólito de esta sentencia, es que la medida cautelar que los accionantes habían solicitado consistía en que:

“Vista la inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual *se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación* mientras dure la tramitación del presente procedimiento...”.

La Sala, sin embargo, decidió esa petición en el sentido contrario a lo solicitado, y actuando de oficio, para lo cual copió exactamente las mismas motivaciones que utilizó para acordar la medida cautelar de confiscación de los bienes de RCTV y la asignación del uso de los mismos, *sine die*, y gratuitamente a CONATEL en la sentencia N° 956 de la misma fecha 25 de mayo de 2007. En tal sentido, la Sala incurrió en los mismos inexcusables errores de aplicar a la televisión las normas sobre el servicio universal de telecomunicaciones relativos a la telefonía, que antes hemos comentado.

Además, la Sala, habida cuenta de que la solicitud de medida cautelar lo que buscaba era asegurar que *se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación* mientras durase el juicio, puntualizó en este caso, que

“todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.”

De esta manera, la Sala ignoró la solicitud concreta y específica de que se acordara una medida cautelar que asegurara que *se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación* mientras durase el juicio, respecto de la cual no emitió pronunciamiento alguno, y pasó a decidir *de oficio* en virtud de que el Ministro de Telecomunicaciones y la Informática y Director de CONATEL, no podía garantizar que la posible transmisión que efectuará la Fundación TEVES, como consecuencia de la habilitación expedida para radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF, en los mismos términos que se venía prestando por RCTV, lo que en este caso, ni se había dicho ni se había alegado; acordando:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, *sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos de propiedad* que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz formuló un voto disiente de la mayoría sentenciadora en esta decisión, advirtiendo que:

“Implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa”.

Dicho Magistrado luego pasó a considerar que la Sala, en forma contradictoria había:

“declarado ‘PROCEDENTE la medida cautelar solicitada’ pero, en forma incongruente, acordó una medida completamente distinta, opuesta a los intereses de los demandantes”; agregando con razón, que “es de la esencia de las medidas cautelares, de todas ellas, nominadas o no, el que sean congruentes con la pretensión y, por ende, con la eventual decisión de fondo, ya que su justificación y finalidad es garantizar la eventual eficacia de tal acto decisorio”.

Luego acotó el magistrado disidente, en su voto salvado a la sentencia de la Sala que:

Desde este ineludible punto de vista, resultaba jurídicamente imposible, por razón de la instrumentalidad de toda cautela en relación con la sentencia de fondo, que, a un tiempo, se declarase la “procedencia” de la medida que se pidió con la demanda y lo que se acordase fuese no sólo ajeno, sino contrario a la pretensión principal, por lo que la medida cautelar que se pronunció no debió ser acordada”.

En todo caso, mediante la sentencia, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, como en el caso antes comentado, siguió con la enumeración de los sitios y lugares donde se encontraban esas instalaciones; e igualmente sustituyéndose en el Legislador estableció que “el derecho de uso” de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas que de oficio asignaba a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala finalmente, también sustituyéndose a las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

Es decir, en este caso, los recurrentes acudieron ante el juez constitucional en busca de una protección a sus derechos y los derechos de los venezolanos, los cuales consideraban asegurados temporalmente con que se permitiera a RCTV seguir transmitiendo su programación mientras durara el juicio, y se encontraron con que el juez constitucional, sin considerar en forma alguna su petitorio, de oficio, acordara una medida cautelar que aseguraba todo lo contrario, es decir, la cesación de las transmisiones de RCTV, la confiscación de sus bienes, la asignación de su uso a CONATEL, para que esta se los permitiera usar a la nueva entidad estatal trasmisora TEVES, de manera que pudiera cubrir nacionalmente con su programación.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El caso RCTV, como resulta del análisis que hemos hecho anteriormente en forma detallada de las decisiones judiciales emitidas, sin duda muestra el grave quiebre del Estado de derecho en Venezuela, así como la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y, en particular, las de la Sala Constitucional, ponen en evidencia cómo en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales.

Lo grave de la actuación, en todo caso, es que el atropello a la Constitución, y entre otras violaciones, la confiscación de la propiedad privada, lo que está prohibido por la Constitución, se ha cometido por el Poder Judicial, lo que hace que las violaciones queden formalmente impunes, pues el juez constitucional en Venezuela no tiene quien lo controle.

Tan graves han sido estas violaciones al Estado de Derecho, que, con muy pocos días de diferencia, las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país se han pronunciado públicamente, protestando por la demolición del Estado de Derecho.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en efecto, el día antes a que se publicaran las sentencias de la sala Constitucional, con fecha 24 de mayo de 2007, emitió un “*Pronunciamiento sobre la presunta extinción de la concesión de la televisora RCTV*”, en el cual, entre otros aspectos de importancia, señaló lo siguiente:

- Que se ha irrespetado el principio de imparcialidad que sujeta a la Administración Pública (artículo 12 Ley Orgánica de la Administración Pública y 30 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), pues se adelanta una posición tomada, con anterioridad a la oportunidad que corresponde (que sería el momento de evaluar imparcialmente, la eventual solicitud de renovación de la concesión, si ese fuera el caso);
- Que se ha irrespetado el debido proceso (artículo 49 Const.), pues es evidente que se ha decidido anticipadamente imponer una sanción (excluir a la empresa del acceso a la concesión), sin abrir el procedimiento debido para tal fin, con lo cual se viola también el principio de igualdad (pues en caso de que concurriera a un eventual procedimiento de asignación de la concesión, ya se sabe excluida de antemano), y se evidencia el vicio de desviación de poder en la decisión, pues se emplea la potestad de atribuir la concesión, no para la finalidad que la norma persigue (administración del espectro radioeléctrico), sino para castigar (sin procedimiento y sin tener cualidad para ello);

- Que se ha irrespetado el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo desarrollo fue aprobada por la mencionada Comisión la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”. Esta Declaración, en su Principio 13, proclama: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley....”;

- Que se ha incumplido el trámite formal de transformar los títulos otorgados a RCTV con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.970 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 12 de junio de 2000) y, en consecuencia, se ha incumplido la obligación de otorgar a RCTV la concesión y habilitación administrativa ajustadas a los términos de la referida Ley;

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por su parte, en comunicado “*A la Opinión Pública Nacional. Ante el quebrantamiento absoluto del Estado de Derecho*” de 30 de mayo de 2007, expresó, entre otros importantes aspectos que:

Observamos con estupor que mediante una medida cautelar se lesiona el derecho de propiedad de una persona ajena al juicio, a quien se le arrebatan judicialmente sus bienes para que sean usados por una fundación creada por un ente público...

De acuerdo con los principios que informan el Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia, ningún órgano del Poder Judicial puede afectar, de forma como se ha hecho, el derecho de propiedad, pues la ocupación temporal y la ocupación previa, sólo tienen cabida en un proceso de expropiación...

El error que muestra la sentencia queda claramente evidenciado con la sola lectura del artículo 588 del Código de procedimiento Civil. Por ello la medida cautelar acordada deviene en un error inexcusable, y en el marco del principio de la responsabilidad, propio del ejercicio de la función pública, incluyendo a la judicial, constituye una clara demostración de abuso de poder por parte de la Sala Constitucional...

Que ningún criterio de “justicia y razonabilidad” pueden justificar la “confiscación temporal”, sin límite de tiempo, de bienes pertenecientes a personas extrañas al juicio, y no se necesita mayor preparación para entender que los magistrados que suscriben la sentencia no fueron justos ni razonables”.

El Colegio de Abogados de Caracas, también hizo público un “*Comunicado a la Opinión Pública*” en fecha 1° de junio de 2007, en el cual expresó lo siguiente:

La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Caracas, ante el clamor de la inmensa mayoría de nuestros agremiados, por la sistemática violación de las disposiciones constitucionales y legales, concretadas en la masiva violación de los Derechos Humanos, bien por acción u omisión de los órganos del Poder Público, que sometidos al Poder Ejecutivo, aplican con discriminación la Constitución y las Leyes de la República, haciendo inexistente el Estado de Derecho, con lo cual han dejado en total desamparo a la ciudadanía, presa de las arbitrariedades ejecutadas por el Poder Ejecutivo, que ahora pretende imponer una hegemonía comunicacional, un solo pensamiento, una sola opinión y una única voz informativa a su favor, mediante la aplicación distorsionada de la Ley, la promulgación de leyes represivas y la Criminalización de la Disidencia, en un claro atentado contra la Libertad de Expresión, evidenciado en forma más clara mediante EL CIERRE del canal de televisión RCTV, bajo pretextos de rango legal, motivado en elementos políticos, conculcando así el derecho que tenemos los ciudadanos del País de elegir libremente los medios televisivos, bajo la premisa de la pluralidad informativa que debe imperar en toda Democracia; coonestada esta arbitrariedad, con las insólitas decisiones de las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se cometió la gravedad de Confiscar el Espectro Radio-Eléctrico de la ciudadanía y los Bienes de R.C.T.V., a través de un fraude Judicial y Constitucional, en beneficio del Ejecutivo Nacional, convirtiendo a Las Leyes y al Poder Judicial en el brazo ejecutor de las políticas represivas, que se deciden en las Altas Esferas del Poder Ejecutivo, todo lo cual es propio de un RÉGIMEN TOTALITARIO, que vulnera La Dignidad Humana, condición imprescindible de cualquier Sociedad Civilizada.

Ante estas manifestaciones de las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país, es difícil agregar algo más en estas reflexiones finales sobre este atropello, salvo referirnos a lo expresado también públicamente por el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, en *Declaración* de fecha 30 de mayo de 2007, que está precedida de la frase de Simón Bolívar sobre que: “La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”, en la cual entre otros conceptos señaló sobre “la decisión del Ejecutivo Nacional de suspender la concesión de Radio Caracas Televisión (RCTV) a partir del 28 de mayo del presente año”, que:

Las instituciones no pueden ser sancionadas en función de la real o supuesta participación de alguno de sus integrantes en hechos punibles. Las sanciones recaen sobre los sujetos y no sobre las instituciones. La argumentación política como justificación para suspender la concesión violenta lo establecido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre libertad de expresión y, particularmente, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que taxativamente señala: “...el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

17. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL (O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007)

Revista de Derecho Público, N° 112, oct-dic. 2007,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 661-694

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EL DERECHO CIUDADANO A DICHA SUPREMACÍA Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Si la Constitución es manifestación de la voluntad del pueblo como poder constituyente originario, la misma debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.

Este postulado de la supremacía de la Constitución como norma fundamental, que además se encuentra expresado en el artículo 7 de la Constitución de 1999, es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional, que comenzó a desarrollarse desde los propios albores del constitucionalismo moderno, cuando en 1788, Alexander Hamilton en *The Federalist*, afirmó que “ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”, al punto de que “negar esto significaría afirmar que ... “los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben”.¹

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, *el derecho fundamental a la supremacía constitucional*. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución, y, además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

El constitucionalismo moderno, por tanto, no sólo está montado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que, como consecuencia del mismo, también está montado sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía², que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, es decir, a la justicia constitucional.

Por ello, el mismo Hamilton, al referirse al papel de los Jueces en relación con dicha supremacía constitucional también afirmó:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado, así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como *la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes*”.

¹ *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)- en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid 1993, Tomo III, pp. 2.696 y 2.697

Con base en estos postulados se desarrolló, no sólo la doctrina de la supremacía de la Constitución, sino también, aún más importante, la doctrina de “los jueces como guardianes de la Constitución”, tal como lo expresó el mismo Hamilton al referirse a la Constitución como limitación de los poderes del Estado y, en particular, de la autoridad legislativa, afirmando que:

“Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares equivaldrían a nada”³.

De estos postulados puede decirse que en el constitucionalismo moderno surgió el sistema de justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución, y como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y libertades constitucionales, lo que, en definitiva, no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respecto de la supremacía constitucional.

Este derecho fundamental, en esta forma, se concreta tanto en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Ahora bien, tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos el de asegurar la supremacía constitucional mediante la tutela judicial de la misma, dado el principio de la reserva legal es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho, es decir, sería incompatible con la idea misma del derecho fundamental de la supremacía constitucional que se postula, cualquier limitación legal al mismo, sea manifestada en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad; sea en derechos constitucionales cuya violación no fuera amparable en forma inmediata.

La supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones, salvo por supuesto, las que establezca la propia Constitución.

De lo anterior resulta que, en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional se ha estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental del ciudadano a la supremacía constitucional, y como el instrumento jurídico para canalizar los conflictos entre la voluntad popular y los actos de los poderes constituidos. En esta forma, como lo señaló Sylvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional, ésta puede decirse que surgió como un sustituto a la revolución,⁴ en el sentido de que si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke⁵.

En caso de opresión de los derechos, de abuso o de usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos entre el pueblo y los gobernantes. Sin embargo, como sustituto de la misma fue que precisamente surgió con el constitucionalismo moderno, el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

En el caso de Venezuela, ella está establecida conforme al principio de la universalidad del control, al regularse en la propia Constitución el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa de la Constitución, atribuido a la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) (art. 336); el control difuso de la constitucionalidad de los actos normativos a cargo de todos los jueces (art. 334), y el derecho de amparo a los derechos constitucionales (art. 27).

³ *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

⁴ Véase Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 113.

⁵ Véase John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 221 y ss.

Todos los actos estatales, por tanto, incluso aquellos que se dicten con motivo de los procedimientos de revisión o reforma constitucional, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto que sean manifestaciones de voluntad de los poderes constituidos, están sometidos a la Constitución y al control judicial de constitucionalidad. De lo contrario, no tendría sentido ni la supremacía constitucional ni el derecho ciudadano a dicha supremacía constitucional.

Sin embargo, en Venezuela, la Jurisdicción Constitucional atribuía a la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violando la misma Constitución, renunció a ejercer el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos cumplidos para llevar adelante una “reforma constitucional” y, en particular, del acto del Presidente de la República de presentación del anteproyecto de reforma ante la Asamblea nacional el 15 de agosto de 2007; del acto definitivo de ésta de sanción del proyecto de reforma de la Constitución del día 2 de noviembre de 2007, y de la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral el mismo día, todo conforme al procedimiento de “reforma constitucional regulado en los artículos 342 y siguientes de la Constitución”, cuando por las transformaciones fundamentales que contenía el proyecto debía haberse sometido al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente conforme al artículo 347 y siguientes del texto fundamental. En todo caso, el pueblo se encargó de rechazar el proyecto de reforma constitucional en el “referendo aprobatorio” del 2 de diciembre de 2007, en el cual dicho proyecto sólo recibió el voto favorable del 28% de los votantes inscritos en el Registro Electoral.⁶

II. LOS DIVERSOS SISTEMAS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA “REFORMA CONSTITUCIONAL” SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007

En efecto, el día 2 de noviembre de 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes al Anteproyecto de reforma constitucional que le presentó el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007⁷ conforme a la iniciativa que le otorga el mismo artículo 342 de la Constitución, sancionó formalmente un proyecto de reforma a la Constitución de 1999, a los efectos de someterlo a referendo aprobatorio como lo exige el artículo 344 de la misma Constitución, el cual el Consejo Nacional Electoral convocó para el 2 de diciembre de 2007. Mediante este proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea, se buscaban transformar aspectos esenciales y fundamentales del Estado, siendo, sin duda, de una de las más sustanciales que se haya propuesto en toda la historia constitucional de Venezuela.

Con ella, en efecto, se pretendía cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la segunda guerra mundial, por el de un *Estado Socialista, centralizado, policial y militarista*, con una doctrina oficial “bolivariana”, que se identificó como “el Socialismo del Siglo XXI”, y un sistema económico de capitalismo de Estado.

Esa reforma se sancionó, como se dijo, conforme a la propuesta formulada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, siguiéndose el procedimiento constitucionalmente previsto para la “reforma constitucional”, el cual, sin embargo, no podía utilizarse para un cambio tan fundamental. Por ello, se trataba de una reforma fraudulenta o que se pretendía realizar en fraude a la Constitución, pues para ella se utilizó un procedimiento previsto para otros fines, engañando al pueblo.

En efecto, la Constitución de 1999, en materia de revisión o reforma constitucional, estableció tres procedimientos distintos, según la importancia de las modificaciones a la Constitución: las “enmiendas”, para cuya aprobación se estableció la sola participación del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo aprobatorio; la “reforma constitucional”, para cuya aprobación se estableció la participación de uno de los poderes constituidos, -la Asamblea Nacional- y, además, del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo; y la “Asamblea Nacional Constituyente”,

⁶ Tomando en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral en día 2 de diciembre en la noche, del un universo de más de 16 millones de electores inscritos, sólo acudieron a votar 9 millones doscientos mil votantes, lo que significó un 44% de abstención; y de los electores que votaron, sólo votaron *por aprobar* la reforma (voto SI), 4 millones trescientos mil votantes, lo que equivale sólo al 28 % del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral o al 49,2% de los electores que fueron a votar. En dicho referendo, por tanto, en realidad, *no fue que triunfó el voto NO* por poco margen, sino que lo que ocurrió fue que la propuesta de reforma *fue rechazada por el 72% de los electores inscritos*, quienes o votaron por el NO (50,7%) o simplemente *no acudieron a votar para aprobar la reforma*.

⁷ Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, p. 19.

para cuyo funcionamiento se estableció la participación del pueblo como poder constituyente originario, de dos maneras, primero, para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, y segundo, manifestado mediante referendo.

Sobre estos tres mecanismos para la revisión constitucional, incluso la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado lo siguiente:

“Cada uno de estos mecanismos de reforma tiene sus peculiaridades, los cuales con una somera lectura del texto constitucional se puede apreciar que, por ejemplo, el procedimiento de enmienda va a tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, tal como lo señala el artículo 340 de la Carta Magna. Por su parte, la reforma constitucional, se orienta hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas (artículo 342). Ambos mecanismos, están limitados por la no modificación de la estructura fundamental del texto constitucional, y por un referéndum al cual debe estar sometido para su definitiva aprobación. Ahora bien, en el caso de que se quiera transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, el texto constitucional vigente consagra la posibilidad de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (Artículo 347 *eiusdem*). Igualmente, las iniciativas para proceder a la enmienda, reforma o convocatoria de la Asamblea Constituyente están consagradas en el texto constitucional de manera expresa”⁸.

En todo caso, la última modalidad de revisión que es la de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y que exige la doble participación del pueblo como poder constituyente originario, tal como se regula en el artículo 347, es la que se tiene que aplicar cuando se trate de “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”, y eso es, precisamente, lo que ocurría con la “reforma constitucional” propuesta por el Presidente de la República y sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, para lo cual se acudió inconstitucionalmente al procedimiento de la “reforma constitucional” regulado en el artículo 342, aplicable solo para aquellos casos en lo que se efectúe una “revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”. Con ello, inconstitucionalmente se buscaba obviar la necesaria participación previa del pueblo como poder constituyente originario en la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, cuyo rol en este caso, fue usurpado por la Asamblea Nacional.

La reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 era de tal importancia en relación con los ciudadanos en cuanto a la transformación radical del Estado, que en la misma se buscaba establecido formalmente una ideología y doctrina oficial, del Estado, de corte socialista y supuestamente “bolivariana”, la cual, en consecuencia, a pesar de su imprecisión -y he allí lo más peligroso-, pretendiendo ser doctrina “oficial”, no hubiera admitido disidencia alguna. No se olvide que todos los ciudadanos tienen un deber constitucional esencial de cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 131), por lo que, de haberse aprobado estas reformas, todos los ciudadanos hubieran tenido el deber de contribuir activamente en la implementación de la doctrina oficial del Estado. En ello no se hubiera admitido ni siquiera la neutralidad. Por tanto, todo pensamiento, toda expresión del pensamiento, toda acción o toda omisión que pudiera haber sido considerada como contraria a la doctrina oficial socialista y “bolivariana”, o que simplemente la “autoridad” no hubiera considerado que estaba contribuyendo a la construcción y siembra del socialismo, hubiera constituido una violación a un deber constitucional y hubiera podido, por tanto, ser criminalizada, es decir, hubiera podido dar lugar a sanciones incluso penales. Se trató de crear un pensamiento único, que constitucionalmente no hubiera admitido disidencia.

Todo ello, en ningún caso, podía ser incorporado en la Constitución mediante el procedimiento de reforma constitucional, y exigía la necesidad ineludible de convocar y elegir una Asamblea Nacional Constituyente.

III. EL DESCONOCIMIENTO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CIUDADANO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde el momento en que la Constitución estableció detalladamente los procedimientos para la revisión de la Constitución, los mismos son obligatorios y debían ser respetados por los órganos constituidos del Estado. De esas previsiones se deriva el derecho ciudadano a que los procedimientos constitucionales se respeten como parte del derecho a la supremacía de la Constitución, de manera que toda violación de esos procedimientos es inconstitucional y atentatoria del derecho ciudadano a esa supremacía, y tiene que ser controlada por el juez constitucional.

⁸ Véase sentencia N° 1140 de la Sala Constitucional de 05-19-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

Ello, sin embargo, fue desconocido por la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, en particular, al decidir varias acciones de amparo constitucional que se ejercieron contra los actos estatales adoptados en sus diversas fases durante el procedimiento de reforma constitucional inconstitucionalmente desarrollado: por el Presidente de la República, quien tuvo la iniciativa, por la Asamblea Nacional que discutió y sancionó el proyecto de reforma, y por el Consejo Nacional Electoral, que convocó a referendo aprobatorio el proyecto inconstitucionalmente sancionado. En todas y cada una de las sentencias que resolvieron las acciones intentadas, la Sala Constitucional desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a la tutela judicial efectiva, y fue declarando inadmisibles o que no había lugar a ellas, considerando, por una parte, que no había legitimación alguna de parte de los recurrentes para intentar las acciones, y por la otra, con el absurdo argumento de que los actos estatales dictados en el procedimiento de reforma constitucional (la presentación del proyecto y la sanción de la Asamblea Nacional) no eran actos que producían efectos jurídicos externos, ni podían causar gravamen a los derechos de los ciudadanos, concluyendo que solamente hubieran podido ser impugnados cuando concluyera el procedimiento con el referendo aprobatorio de la reforma, y la reforma hubiera sido aprobada.

La primera decisión en esta materia, se adoptó por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1974 de 23 de octubre de 2007, (Ponencia Luisa Estella Morales) en el Caso *José Ignacio Guédez Yépez*, en una acción de amparo constitucional que había sido intentada antes de que la reforma constitucional fuera sancionada por la Asamblea Nacional, ejercida por un ciudadano en su propio nombre y en protección de derechos difusos y colectivos, contra la Asamblea Nacional por la amenaza de violación del derecho constitucional difuso correspondiente “a la alternabilidad democrática del poder” consagrado en el artículo 6 de la Constitución, por la eventual aprobación por la Asamblea Nacional, del proyecto de Reforma constitucional que le había presentado el Presidente de la República.

La Sala declaró inadmisible la acción, argumentando que el accionante:

“no sólo no señaló de qué forma se verían afectados los intereses de la sociedad -o de alguna porción definida de la misma-, sino que al contrario de los planteamientos formulados por el accionante en torno a la interpretación y materialización del principio del alternabilidad, es preciso reiterar que la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006)”⁹.

La Sala estimó, entonces, que la acción intentada “no corresponde a derechos o intereses difusos, sino a un interés particular del accionante de limitar el ámbito de la reforma constitucional propuesta”, razón por la cual estimó que el presunto agraviado *carecía de legitimación* procesal para intentar una acción de amparo en tutela de derechos o intereses difusos o colectivos”.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de admitir una acción de amparo contra las amenazas a los derechos del accionante, la Sala, reiterando su jurisprudencia sobre que la necesidad de que la amenaza sea “inminente, factible y practicable por la persona a quien se le imputa el acto, hecho u omisión que se señala como lesiva”, señaló que en el caso concreto de la acción de amparo contra la presunta amenaza que se derivaba de la en ese momento posible sanción del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, que esta sólo era un órgano que participaba en el proceso de reforma constitucional “pero en el marco del mismo, sólo corresponde al pueblo mediante referendo”, concluyendo entonces señalando que “el presunto agraviado no puede pretender la materialización de una lesión constitucional, de un hecho futuro o incierto como lo es la eventual aprobación por parte de la Asamblea Nacional y consecuentemente del correspondiente referendo aprobatorio del texto de reforma constitucional”; y que “para que la supuesta amenaza se concrete y, en consecuencia, surta algún efecto jurídico, es necesario la verificación de un conjunto de circunstancias hipotéticas para que se materialice lo que a decir del accionante, constituye una amenaza de lesión constitucional”¹⁰.

Posteriormente, mediante sentencia N° 2042 (Ponencia de Francisco A. Carrasquero), dictada en el Caso *Néstor Luis Romero* de 2 de noviembre de 2007, es decir, el mismo día en el cual la Asamblea Nacional sancionó el proyecto de reforma constitucional, la Sala Constitucional decidió una acción de amparo también intentada contra la amenaza de lesión de los derechos constitucionales del accionante derivados de los artículos 342 y siguientes de la Constitución, por parte del Presidente de la República y la Asamblea

⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 1974 de 23-10-2007, Caso: *José Ignacio Guédez Yépez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1974-231007-07-1055.htm>

¹⁰ *Ibidem*

Nacional al pretender tramitar como reforma constitucional un proyecto que contenía modificaciones a la estructura y principios fundamentales del Estado, violando la Constitución. La acción había sido intentada específicamente contra el Presidente de la República, por haber presentado el proyecto, y contra la Asamblea Nacional, por haberlo admitido para su discusión. En este caso, la Sala Constitucional también declaró *inadmisible la acción*, pero en este caso por falta de legitimación del recurrente, considerando que, al intentar la acción, el mismo “no señaló, ni se evidenció de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales.”¹¹

Para decidir, la Sala recordó el “carácter personalísimo” de la acción de amparo, “de modo que sólo puede ser incoada por el afectado inmediato de la infracción constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo”. En el caso concreto, por tanto, la Sala concluyó que: “el accionante no señaló cuál es la situación jurídica subjetiva lesionada o amenazada por las actuaciones que denunció como lesivas” siendo que “la denuncia planteada está referida a la supuesta amenaza de infracción constitucional producida por la inclusión en el contenido del Proyecto de Reforma presentado ante la Asamblea Nacional por iniciativa del Presidente de la República, de normas que, en opinión del accionante, modifican la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional, en contravención a los límites establecidos en el artículo 342 de la Constitución vigente”. Sin embargo, decidió la Sala que el accionante “no expuso de qué forma su situación jurídica personal se vería afectada por las actuaciones denunciadas, ya que sólo se limitó a señalar la presunta inconstitucionalidad del aludido proyecto de reforma”¹².

Para afirmar esto, la Sala desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional, afirmando que del artículo 342 de la Constitución que regula el procedimiento de reforma constitucional, “**no consagra derechos, garantías o libertades de carácter individual**” ni “establece derechos difusos, ya que la misma no prevé una prestación genérica o indeterminada en cuanto a sus posibles beneficiarios, en los términos establecidos por la doctrina de esta Sala.” Por último, la Sala consideró que la acción de amparo interpuesta no podía tampoco “ser considerada como ejercido en protección de derechos colectivos, ya que se ejerció en nombre propio y no en nombre de un sector poblacional determinado e identificable.”¹³

Con base en estos argumentos declaró la *inadmisibilidad* de la acción de amparo interpuesta, contrariando doctrina de la propia Sala, como la sentada en sentencia que suspendió las elecciones generales de mayo de 2000, que benefició “tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para *todos los electores* en su conjunto”¹⁴.

A la anterior decisión N° 2042 -Caso *Néstor Luis Romero*- le siguió la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 2191 de 22 de noviembre de 2007 (Ponente Marcos Tulio Dugarte), dictada en el Caso *Yvett Lugo Urbaéz* con motivo de la acción de amparo intentada, en esta oportunidad contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional adoptado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 y la convocatoria a referendo efectuada por el Consejo Nacional Electoral, porque dichos actos constituían una subversión del trámite procedimental para la modificación de la Constitución, pues el procedimiento de reforma constitucional no podía utilizarse para alterar la estructura y principios fundamentales de la Constitución Nacional.

En este caso, la Sala decidió que “*no ha lugar a la acción*”, pues los actos impugnados supuestamente no causaban gravámenes susceptibles de control. Para llegar a esta conclusión, la Sala, citando dos previas decisiones de 7 de noviembre de 2007 (N° 2108, caso *Jorge Paz Nava y otros*)¹⁵ y de 13 de noviembre de

¹¹ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 483 de 29-05-2000, Caso: *-Queremos Elegir- y otros*, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Caracas, 2000, EJV, pp. 489-491

¹⁵ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso: *Jorge Paz Nava y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm>

2007 (Nº 2147, caso *Rafael Ángel Briceño*)¹⁶ que se comentan más adelante, reiteró su criterio de que “la reforma constitucional es un proceso complejo conformado por la concreción de múltiples factores para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio”¹⁷, el cual “se configura en etapas sucesivas en la que interactúan autoridades públicas (Presidente de la República), órganos del Estado (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral) y el pueblo, que en definitiva ostenta el poder para aprobar y validar mediante el voto la reforma propuesta.”¹⁸ Con base en ello, la Sala consideró que “las etapas tempranas o de formación del proyecto de reforma constitucional no causan gravamen alguno porque no exteriorizan sus efectos y, por lo tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional”¹⁹, de manera que “sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control”²⁰.

Es decir, conforme al criterio de la Sala, debía esperarse la aprobación de la reforma mediante referendo para poder juzgar su constitucionalidad, pues supuestamente los actos estatales de las diversas fases del procedimiento no producen efectos jurídicos externos. Para llegar a esta conclusión, la Sala afirmó que

“el acto de la Asamblea Nacional sancionado el 2 de noviembre de 2007 contentivo de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” no es un acto normativo, por cuanto al no adquirir eficacia no produce efectos jurídicos externos, esto es, no afecta relaciones jurídicas abstractas o concretas, por lo que mal puede lesionar o amenazar derecho constitucional alguno ya que no posee carácter obligatorio y, por tanto, no puede órgano del Estado alguno o particular darle ejecución”.²¹

Luego, analizando el procedimiento de reforma constitucional como si fuera equivalente al de formación de las leyes, concluyó la Sala señalando que en Venezuela no hay control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de leyes, declarando entonces que no se puede impugnar en forma previa el acto sancionado por la Asamblea Nacional, declarando en consecuencia que “*no ha lugar a la acción*”²².

Se observa, con esta decisión, que la Sala no fue que declaró “inadmisible” la acción, sino que, con la misma, en realidad, *lo que hizo fue negar el derecho ciudadano de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en la Constitución* (art. 26), al “inventar” la Sala un tipo de “decisión” no prevista en la Ley que rige sus funciones, de que “*no ha lugar a la acción*” *que equivale a decidir, que el ciudadano en ese caso, no tiene derecho de acceder a la justicia. Ello es la negación misma del Estado de derecho.*

Por otra parte, en cuanto a la acción de amparo ejercida contra el acto del Consejo Nacional Electoral convocando el referendo, la Sala lo declaró *inadmisible* porque dicho acto sólo se podía impugnar mediante acción de inconstitucionalidad por supuestamente tratarse de actos de ejecución directa de la Constitución, con lo cual, de otro plumazo, la Sala Constitucional renunció a proteger la Constitución, se negó a reconocer la existencia del derecho ciudadano a la supremacía constitucional, y negó la posibilidad de la acción de amparo contra actos del Consejo Nacional Electoral en contra del principio de la universalidad del amparo de otrora arraigada raíz en la jurisprudencia, expresada en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 31 de enero de 1991 (Caso *Anselmo Natale*), en la famosa frase de que “no puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo”.²³

¹⁶ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional Nº 2147 del 13 de Noviembre de 2007, Caso: *Rafael Ángel Briceño*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2147-131107-07-1476.htm>

¹⁷ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional Nº 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Yvett Lugo Urbaéz* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>. Criterio reiterado también en las sentencias 2108/2007; 2147/2007 y 2189/2007 de esta misma sala.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*

²² *Ibidem*

²³ Citada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la misma antigua Corte Suprema de 24 de mayo de 1993, en *Revista de Derecho Público*, Nº 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 284-285.

La comentada sentencia N° 2191²⁴, se dictó en paralelo con la sentencia N° 2193 del mismo día 22 de noviembre de 2007 (Ponente: Carmen Zuleta de Merchán), dictada en el Caso *Luis Hueck Henríquez*²⁵, con motivo de la interposición de una acción de amparo constitucional también contra los actos de la Asamblea Nacional y contra el Consejo Nacional Electoral mediante los cuales se aprobó el texto definitivo de la Reforma Constitucional y se convocó al referendo a que alude el artículo 346 de la Constitución, a cuyo efecto el recurrente adujo actuar “en nombre de los intereses colectivos y difusos de los inscritos en el Registro Electoral Permanente”²⁶.

Esta acción también fue declarada *inadmisibile*, para lo cual la Sala estimó que en el caso concreto, no estaban presentes “aspectos que caracterizan a este tipo de derechos o intereses, y a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el caso: *César Pérez Vivas*) como lo son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada”²⁷, constatando que la acción intentada no perseguía “la protección de la calidad de vida de un grupo determinado o indeterminable de ciudadanos, sino que, en la forma en la cual fue planteada dicha pretensión, persigue un pronunciamiento jurisdiccional de esta Sala tendiente a restringir o anular dos actos dictados por órganos que ejercen el Poder Público en los términos previstos en el artículo 343 y 346 de la Constitución”²⁸. De ello concluyó la Sala, señalando que “la pretensión de la parte accionante escapa del carácter protector de la calidad de vida que involucra la tutela de los derechos difusos, por cuanto no se persigue la protección de un bien común”²⁹.

En el caso concreto, además, la Sala señaló que “la lesión constitucional se le atribuye a un proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional y que será sometido a referendo próximamente”, lo que supuestamente “quiere decir que la efectividad del texto definitivo *aún no se ha verificado* y, por lo tanto, no se cumple con el requisito de la inmediatez de la lesión”³⁰, razón por la cual declaró la inadmisibilidad de la acción.

En otra sentencia N° 2198 de 23 de noviembre de 2007 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), Caso *Moisés Troconis Villareal*³¹, la misma Sala Constitucional también declaró *inadmisibile* otra acción de amparo intentada, esta vez por quien había sido un magistrado del Tribunal Supremo, intentada contra la sanción de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional, alegando violación al “*derecho fundamental a la Constitución de la República, a su integridad y a su revisión*”, en particular, “*del derecho y de la garantía constitucionales* consagrados en los artículos 334, primer párrafo y 342, primer párrafo, de la Constitución de la República”. Para tal fin, la Sala consideró que no evidenciaba “que las precitadas normas consagren derechos, garantías o libertades de carácter individual o de naturaleza colectiva o difusa”, sino más bien “estas disposiciones consagran competencias a ser ejercidas por el Poder Público”; decidiendo, en definitiva que “no contempla derechos” y que “al no advertirse en dichas normas ningún derecho o garantía, sino competencias y atribuciones a ser ejercidas por lo poderes públicos, esta Sala considera que en las aludidas disposiciones no existen derechos a ser tutelados.”³²

Por ello la Sala concluyó, en el caso concreto, que no había evidenciado del escrito del accionante “cómo las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos o garantías constitucionales”, decidiendo también que carecía “de legitimación activa para incoar la acción de amparo”.³³ Desconoció, así, la Sala Constitucional, de nuevo, el derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

²⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Yvett Lugo Urbaéz* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>.

²⁵ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2193 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Luis Hueck Henríquez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2193-221107-07-1641.htm>

²⁶ *Ibidem*

²⁷ *Ibidem*

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*

³¹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, N° 2198 del 23 de Noviembre de 2007, Caso: *Moisés Troconis Villareal* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2198-231107-07-1645.htm>

³² *Ibidem*

³³ *Ibidem*

La Sala Constitucional, en efecto, al declarar la inadmisibilidad de estas acciones de amparo constitucional, en definitiva, lo que consideró fue que la norma del artículo 342 supuestamente *no contenía derecho constitucional alguno*, concluyendo como lo dijo en la antes citada sentencia N° 2042 (Caso: *Néstor Luis Romero*) de 2 de noviembre de 2007, que el accionante “no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, *de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales*”, por lo cual declaró inadmisile la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19,5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, “por la falta de legitimación del accionante”.

El magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en cambio, en dicha sentencia No 2042 salvó su Voto por considerar básicamente que, al contrario, la norma del artículo 342:

“entraña un evidente derecho de rango constitucional y alcance general para todos los ciudadanos, en el sentido de que, sólo por su condición de tales, en cuanto suscriptores del pacto social que es, en definitiva, una Constitución, que determina la directa afectación de su esfera jurídica constitucional cuando dicho pacto es alterado, lo cual les proporciona legitimación para la defensa de dicha esfera jurídica y título jurídico suficiente para exigir a los destinatarios directos de la norma (la Asamblea Nacional -mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes-, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral, que son quienes tienen iniciativa para solicitarla), como conducta determinada de la cual es acreedor aquél, el estricto cumplimiento o apego a ella. En el peor de los casos, se trataría, en términos análogos, de un interés -por oposición a derecho propiamente dicho- igualmente legitimador.”³⁴

El Magistrado salvante del voto ratificó entonces su criterio de que no cabe duda de que:

“el artículo 342 entraña un derecho de todos -como miembros de la sociedad suscriptora del pacto social- a que la reforma constitucional proceda -y solo proceda- para “una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional”, de manera que, cuando el demandante alegó la supuesta vulneración de esta norma ante una eventual reforma constitucional que incluya modificaciones en la estructura y principios fundamentales del Estado, está, ciertamente, haciendo referencia a la supuesta lesión a derechos constitucionales difusos, los cuales tienen expresa protección constitucional según dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”³⁵

En la misma orientación restrictiva de las anteriores sentencias, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2211 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales) de 29 de noviembre de 2007, Caso *Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*³⁶, también declaró la *inadmisibilidad* de la acción de amparo que estas ciudadanas habían interpuesto en nombre propio como abogadas integrantes del sistema de justicia y asumiendo “la representación del Pueblo de Venezuela” contra el Presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en los artículos 26, 27 y 333 de la Constitución, con la finalidad de que se proteja el *derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía*, que consideraron violado al rebasar dichos órganos los límites sustanciales de su competencia al darle curso a la reforma constitucional.

En este caso, la inadmisibilidad de la acción fue declarada por la Sala, por inepta acumulación de dos acciones que la Sala estimó como no acumulables, que eran la referida en el artículo 26, que es la acción de tutela de intereses colectivos o difusos, y la referida en el artículo 27, que es la acción de amparo. Sin embargo, ello no impidió que la Sala en forma expresa, desconociera el carácter de derecho constitucional del “*derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía*”, el cual estimó que en “*sensu stricto*” no es un derecho (no está incluido como tal en el Título III de la Constitución), sino un principio contemplado expresamente en el Título I, artículo 5 de la Carta Fundamental,” decisión con la cual el juez constitucional redujo la categoría de derechos constitucionales a los incluidos en el Título III de la Constitución, y desconociendo tal condición a los otros derechos fundamentales derivados de la organización del Estado, como el derecho a la democracia, el derecho al control del poder, el derecho a la supremacía constitucional y el derecho al reconocimiento de la soberanía popular.

³⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2211 de 29-11-2007, Caso: *Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2211-291107-07-1617.htm>

IV. LA “REFORMA CONSTITUCIONAL” INCONSTITUCIONALMENTE SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007 PARA TRANSFORMAR RADICALMENTE EL ESTADO Y SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En todo caso, el texto que sancionó la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 como reforma constitucional, evidentemente que no constituyó “una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”, que es lo que conforme al artículo 342 puede realizarse mediante el procedimiento de la “reforma constitucional”, que se desarrolla mediante la sola discusión y sanción del proyecto por la Asamblea Nacional y posterior sometimiento a referendo aprobatorio. Lo que se sancionó como proyecto de reforma constitucional, en realidad, como se ha dicho, requería la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y al no hacerlo, lo que el Presidente de la República y la Asamblea Nacional cometieron fue un fraude a la Constitución, como se advirtió reiteradamente por las instituciones más representativas del país³⁷.

Sobre la necesidad de haber acudido en este caso al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente, el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera se refirió en términos precisos en su Voto salvado a misma sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional de 2 de noviembre de 2007, antes citada, así:

“1.- En sentencia de 24 de enero de 2002, con ponencia de quien suscribe esta Sala expreso: “Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad...”.

Igualmente, el fallo citado acotó: “No es que el Estado Social de Derecho propende a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad...”; sin embargo, puede “restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general, o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 Constitucional)”.

Apuntó igualmente el fallo citado que el Estado Social persigue mantener un equilibrio entre clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, los artículos 70, 113, 158, 168, 184, 300, 318 y 321 del Anteproyecto para la primera reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, plantea la construcción del socialismo, de la democracia socialista.

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002.”³⁸

Eso mismo, por ejemplo, lo planteó la Corte Constitucional de Colombia al analizar los límites del poder de reforma en ese país en sentencia N° C-551 del 9 de julio de 2003 cuando decidió sobre la constitucionalidad del proceso de reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley N° 796 de 2003, señalando que:

“Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. Y, por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al

³⁷ En tal sentido se han pronunciado, por ejemplo, las Academias de Medicina, Ciencias Políticas y Sociales, y de Ingeniería y el Hábitat (23-10-2007, *El Universal*); la Conferencia Episcopal Venezolana (19-10-2007, *El Nacional*), el Instituto de Previsión Social del Abogado, los Colegios de Abogados de Distrito Capital, de los Estados Miranda, Aragua, Cojedes, Falcón, Lara, Guárico, Carabobo y de Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (02-11-2007).

³⁸ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

estudiar cada uno de los numerales del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, esta Corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991”. (Subrayado y resaltados añadidos).

Y es que, en Venezuela, el proyecto de reforma constitucional sancionado el 2 de noviembre de 2007 era de tal trascendencia, hasta el punto de cambiar una Constitución por otra, que así incluso lo reconocieron, quizás sin darse cuenta, los propios diputados de la Asamblea Nacional cuando dispusieron que con la misma *se debía sustituir completamente la Constitución de 1999*, ordenando a tal efecto en la *Disposición Final* que la Constitución se imprimiera “íntegramente en un solo texto...con la reforma aquí sancionada y en el correspondiente texto único corrijanse los artículos *aplicando la nueva terminología señalada en esta Reforma Constitucional*, en cuanto sea aplicable suprimiéndose y sustituyéndose de acuerdo al contenido de esta Reforma *así como las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación*”.

Es decir, si la reforma hubiera sido aprobada por referendo, la Constitución hubiera tenido que conocerse como la “*Constitución de 2007*”, por tanto, como una Constitución diferente, lo que además efectivamente resultaba del contenido del proyecto. Por lo demás, con esa Disposición final se le estaba dando carta blanca, no se sabe a quien, para que eventualmente cambiase otras normas constitucionales sin procedimiento constitucional alguno, como ya ocurrió con la “reimpresión” de la Constitución de 1999 en marzo de 2000³⁹.

En todo caso, fue la voluntad de llevar adelante la reforma constitucional contrariando la Constitución y con la sola participación de una Asamblea Nacional, totalmente controlada y dominada por el Presidente y sus seguidores, y evitar los “riesgos” que podían derivar de la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, lo que llevó al Presidente de la República y a sus seguidores, a repetir una vez más la táctica política del fraude a la Constitución, que ya es un común denominador del régimen instalado en el país a partir de 1999⁴⁰, es decir, utilizar las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales (en este caso el procedimiento de “reforma constitucional”), para en cambio proceder a una radical transformación del Estado, es decir, como lo ha advertido el Tribunal Supremo al definir el fraude constitucional, a pretender realizar “la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido”⁴¹.

En este caso, una vez más, para sancionar una reforma a la Constitución se utilizaron fraudulentamente sus propias previsiones pero para fines distintos a los establecidos en ella, acudiéndose al procedimiento de “reforma constitucional” (art. 342), pero para pretender producir una transformación radical del Estado, y trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil y convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, donde hubiera desaparecido la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, se hubiera retrocedido en materia de protección de los derechos humanos, y se hubiera concentrado todo el poder en la Jefatura del Estado, desapareciendo la libertad económica y el derecho de propiedad. Ello no era posible hacerlo constitucionalmente con el procedimiento de la “reforma”, sino que requería del procedimiento de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (art. 347). Por ello, en sentido similar, como lo reseñó el Tribunal Supremo de Justicia al referirse a un hecho histórico trascendente, ello también ocurrió “con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de

³⁹ Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinaria de 24-03-2000.

⁴⁰ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25-01-2006 señaló que un **fraude a la Constitución** ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas -mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales-, o cuando se utiliza -del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el **uso fraudulento de los poderes** conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado-; y que un **falseamiento de la Constitución** ocurre cuando se otorga -a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma-, concluyendo con la afirmación de que *-Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional-*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss.

⁴¹ Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 74 de 25-01-2006, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado”⁴².

Todo este fraude constitucional que cometió la Asamblea Nacional al sancionar la reforma propuesta por el Presidente de la República, fraude que también cometió el propio Presidente al proponerla y el Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional al avalarla, resulta de la radical transformación que se proponía para el Estado, con el objeto de:

En primer lugar, transformarlo en un *Estado Socialista*, con una doctrina política oficial de carácter socialista, que se denominaba además como “doctrina bolivariana”, con lo cual se buscaba eliminar toda posibilidad de pensamiento distinto al oficial y, por tanto, toda disidencia, pues la doctrina política oficial se hubiera incorporado en la Constitución, como política y doctrina del Estado y la Sociedad, lo que hubiera significado la constitución de un deber constitucional de todos los ciudadanos de cumplir y hacerla cumplir. Con ello, se hubieran sentado las bases para la criminalización de la disidencia.

En segundo lugar, transformarlo en un *Estado Centralizado*, de poder concentrado bajo la ilusión del Poder Popular, lo que hubiera implicado la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa; todo ello, mediante la supuesta organización de la población para la participación en los Consejos del Poder Popular, como los Comunales, que son instituciones sin autonomía política alguna, cuyos miembros se declaraba que no serían electos, y que hubieran sido controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado ha tratado de crear durante 2007.

En tercer lugar, transformarlo en un *Estado de economía estatista, socialista y centralizada*, propia de un capitalismo de Estado, con lo que se hubiera eliminado la libertad económica y la iniciativa privada, y hubiera desaparecido la propiedad privada, que con la reforma habrían dejado de ser derechos constitucionales, dándosele al Estado la propiedad de los medios de producción, la planificación centralizada y la posibilidad de confiscar bienes de las personas materialmente sin límites, configurándolo como un Estado del cual todo hubiera dependido, y a cuya burocracia hubiera quedado sujeta la totalidad de la población. Ello chocaba, sin embargo, con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclaman en la propia Constitución, y hubiera sentado las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

En cuarto lugar, transformarlo en un *Estado Policial (represivo)*, con la tarea fundamental de someter a toda la población, a la doctrina oficial socialista y “bolivariana”, y velar que la misma se cumpliera en todos los órdenes, lo que se buscaba asegurar mediante la regulación, con acentuado carácter regresivo y represivo, del ejercicio de los derechos civiles en situaciones de excepción, previéndose amplios márgenes de restricción y suspensión.

Y, en quinto lugar, transformarlo en un **Estado Militarista**, dado el rol que se le pretendía dar a la “Fuerza Armada Bolivariana” en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, y con la creación del nuevo componente de la Milicia Popular Bolivariana.

En definitiva, con la reforma constitucional sancionada en noviembre de 2007, se buscaba transformar radicalmente el sistema político constitucional venezolano, estableciendo un Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista y Policial, de ideología única oficial, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado descentralizado, civil, social, democrático y pluralista de derecho y de justicia, y de economía mixta que regula la Constitución de 1999.

Con dichas reformas, materialmente hubiera desaparecido la democracia representativa y las autonomías político territoriales, que se quería sustituir por un esquema estatal centralizado supuestamente montado sobre una democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente desde arriba, por el Jefe de Estado, en la cual hubiera quedado proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, y que a la vez, restringía los mecanismos de participación política que están directamente regulados en la Constitución, como son los referendos y la participación de la sociedad civil en los Comité de Postulaciones de altos funcionarios.

⁴² Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 74 de 25-01-2006, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

Como lo resumió el Magistrado Pedro R. Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia N° 2148 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Exp. 07-1483) que declaró como “*improponible*” una acción de inconstitucionalidad contra la omisión de la Asamblea Nacional al darle curso a la propuesta de reforma constitucional en lugar de rechazar el proyecto y orientarlo hacia la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente:

“El proyecto de reforma constitucional que se propuso a la Asamblea Nacional en agosto de 2007 y que, para el momento de esta decisión ya fue objeto de aprobación por parte de ese órgano legislativo, si fuera aprobado referendariamente, *cambiaría sustancialmente aspectos esenciales del marco constitucional vigente*. Así, y sin que se deje de admitir que existen otros muchos aspectos de fondo que son modificados por el proyecto, pueden enfocarse dos grandes cambios en la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional de 1999:

De una parte, el proyecto de reforma introduce *cambios en la organización político-territorial, a través de la creación del Poder Popular*, que pretende afianzar los principios de democracia participativa de la Constitución de 1999, pero *que alteraría radicalmente el esquema del Estado federal descentralizado del texto vigente, lo que derivaría en un afianzamiento del Poder nacional en franco desmedro del estatal y municipal*, desde que aquél coordina el funcionamiento del nuevo Poder Popular que se superpone a estos últimos. Asimismo, la creación del Poder Popular *mutaría en forma sustancial las bases democráticas de la Constitución vigente* (artículo 2) cuando se propone que el Poder Popular “*no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población*” (artículo 136 del proyecto).

Mención especial debe hacerse al *carácter regresivo que se da, en general, en el proyecto, al tema de los derechos humanos* (p.e.. derechos al sufragio, al debido proceso, a la información, a la participación política, a la elección de quienes ejercen los cargos públicos) *en franca contradicción con el principio de progresividad* de los mismos que tiene su origen en el hecho de que éstos preceden y legitiman al Estado, que no puede desconocerlos ni desmejorarlos.

Asimismo, de otra parte, el Proyecto persigue un *cambio radical del sistema de economía social de mercado* que recoge la vigente Constitución de 1999, y establece un modelo de economía socialista a través de la promoción, por parte del Estado, de un “*modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible*” (artículo 112 del proyecto). En este sentido, *el proyecto no reconoce expresamente, como sí lo hace la Constitución de 1999, el derecho fundamental a la libertad económica* da preponderancia a la iniciativa pública sobre la iniciativa privada, a la iniciativa comunitaria sobre la individual, y condiciona cualquier iniciativa pública, mixta, comunal o privada, al desarrollo de ese nuevo modelo económico socialista.

En definitiva, se trata de la *sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia* que recogió el vigente artículo 2 constitucional (*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*), por el de un *Estado socialista* que es, a grandes rasgos, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, lo que evidencia una transformación radical del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que escapa, a todas luces, de los parámetros que, para la reforma constitucional, impone el artículo 342 de la Constitución y cuya concreción exige, de conformidad con el artículo 347 *eiusdem*, una Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, cuando recibió una iniciativa de reforma constitucional cuyo contenido, como se ha expuesto anteriormente sólo con algunos ejemplos de su texto, *excedía con mucho de los parámetros objetivos que el artículo 342 de la Constitución de 1999 exige* para la procedencia de una reforma, la *Asamblea Nacional estaba en la obligación de rechazar -o en todo caso suspender- el trámite de discusión de esa iniciativa a través del procedimiento del artículo 343 de la Constitución y, en todo caso, expresar tal situación al proponente para que modificara su propuesta o bien, si así lo consideraba pertinente, ejerciera su iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, de conformidad con el artículo 348 eiusdem*.

Como no hubo actuado de esa manera *la Asamblea Nacional incurrió en una sancionable omisión legislativa*, pues omitió el debido ejercicio de la potestad de aprobación e iniciación del trámite de todo proyecto de reforma constitucional, en los términos del artículo 343 constitucional”.⁴³

Por tanto, por la trascendencia de los cambios que se pretendía efectuar en esa “reforma constitucional”, como se ha dicho, se debió haber recurrido al procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y no al procedimiento de “reforma constitucional”. Al no haberlo hecho, tanto el Presidente de la República como su Consejo Presidencial -integrado, entre otros por la propia Presidenta del Tribunal Supremo y por el propio Defensor del Pueblo- comenzaron el proceso de reforma violando la Constitución, en fraude a la misma, tarea que completó la Asamblea Nacional en noviembre de 2007. Esta circunstancia fue advertida de inmediato por el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, quien el día 16 de agosto de 2007 indicó “que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación”.⁴⁴

Por ello, este funcionario, quien además era Presidente de la Comisión de Participación Política y Financiamiento del referido Consejo Nacional Electoral, interpuso por ante la Sala Constitucional un recurso de interpretación del artículo 342 de la Constitución para que la Jurisdicción Constitucional, conforme a los poderes que se atribuyó de interpretar en abstracto la Constitución, despejara la duda acerca de si la propuesta formulada por el Presidente de la República en materia de reforma constitucional el 15 de agosto de 2007, enmarcaba en la figura de la reforma constitucional o si, por el contrario, debió acudir a la vía de la Asamblea Nacional Constituyente. La Sala, mediante sentencia N° 2207 de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso: *Vicente Díaz Silva*,⁴⁵ sin embargo, consideró que no existía ninguna duda razonable o punto oscuro que debiera interpretarse en la norma, considerando que la pretensión del recurrente no encuadraba dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala había establecido respecto del recurso de interpretación citando la sentencia N° 3.125 del 11 de noviembre de 2003, Caso: *Jorge Luis Da Silva Baeta*, dado que se dirigía “a cuestionar la naturaleza otorgada al Proyecto de Reforma presentado por el Presidente de la República, lo cual consideró resultaba contrario al objeto de la interpretación”. En consecuencia, declaró la *inadmisibilidad* del recurso de interpretación.

V. LA IMPUGNABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DIVERSOS ACTOS DICTADOS EN LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA RENUNCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A EJERCER LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La consecuencia de todo ello es que la utilización inconstitucional del procedimiento de reforma constitucional, y la sanción del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, podía ser impugnada ante la Jurisdicción Constitucional, es decir, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo por inconstitucionalidad, conforme a lo previsto en la Constitución (art. 336). Nada en la Constitución lo impedía.

Sin embargo, el día 17 de agosto de 2007, sólo dos días después de que el Presidente de la República presentó su Anteproyecto ante la Asamblea Nacional para inconstitucionalmente y en fraude a la Constitución iniciar el procedimiento de “reforma constitucional”, la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (es decir, de la Jurisdicción Constitucional) y del propio Tribunal Supremo, Sra. Luisa Estella Morales Lamuño, quien a la vez era miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, adelantándose a cualquier posible y previsible impugnación por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial y del trámite parlamentario, y emitiendo opinión impunemente, prejuzgando cualquier asunto, dijo lo siguiente conforme se reseñó en la prensa:

⁴³ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2148 del 13 de Noviembre de 2007, Caso: *Ignacio Orlando Contreras Pulido y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2148-131107-07-1483.htm>

⁴⁴ Véase en *Unión Radio*, 16 de agosto de 2007, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiad=212503>.

⁴⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2207, del 28 de Noviembre de 2007, Caso: *Vicente Díaz Silva* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2207-281107-07-1600.htm>

“dejó en claro que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo. “Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad”.⁴⁶

Y eso fue, precisamente, lo que decidió la Sala Constitucional en su sentencia N° 2189 de Noviembre de 2007 (Caso: *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros), (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), en la cual participó la Magistrado Morales ya que no se inhibió como hubiera correspondido en un Estado de derecho al haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido comprometiendo su imparcialidad⁴⁷, declarando como “*improponible*” una acción de inconstitucionalidad contra el acto de la Asamblea Nacional que había sancionado la reforma constitucional.⁴⁸

Al contrario, la inconstitucionalidad en el procedimiento de revisión constitucionalidad debería ser controlada por la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala Constitucional, en sus fases, desde la iniciativa, la sanción por la Asamblea y la convocatoria de referendo, para lo cual tenía y tiene competencia al tratarse de acciones de nulidad de dichos actos estatales contrarios a la Constitución.

En efecto, estando los procedimientos para la revisión de la Constitución regulados en el propio texto de la Constitución, el poder constituyente derivado está sujeto a límites constitucionales, sea que se ejerza directamente por el pueblo o por los órganos constituidos del Estado como es la Asamblea Nacional. Entre esos límites están, precisamente, los límites que derivan de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional, que, en el caso de Venezuela, como se dijo, están en los artículos 340 a 349.

Siendo límites constitucionales establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por el pueblo al aprobar mediante referendo la Constitución el 15 de diciembre de 1999, dado el principio de la supremacía constitucional que rige en la Constitución (art. 7), los mismos pueden ser objeto de control de constitucionalidad por la Jurisdicción Constitucional, es decir, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo conforme a los artículos 266,1; 334, in fine y 336,4 de la Constitución.

Lamentablemente ello no lo entendió así la Sala Constitucional, y sucesivamente, en diversas sentencias dictadas con motivo de variadas acciones de inconstitucionalidad intentadas contra los diversos actos estatales de las diversas fases del procedimiento de reforma constitucional, las fue sucesiva y sistemáticamente declarando como “*improponibles*”, es decir, *negó incluso el derecho ciudadano acceder a la justicia y a obtener tutela judicial*.

En efecto, en sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasqueño), dictada en el Caso *Jorge Paz y otros* con motivo de decidir una acción popular de inconstitucionalidad contra los actos ejecutados por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007; los actos del Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia; los actos de la Asamblea Nacional y de la Comisión Mixta, todos relacionados con el proyecto de reforma de la Constitución que por iniciativa del Presidente de la República tramitaba la Asamblea Nacional, la Sala la declaró la acción como “*improponible*”, “inventando” así una nueva categoría de decisiones de la Jurisdicción Constitucional, distinta a la inadmisibilidad, o a declarar sin lugar la acción, consistente en *la negación del derecho ciudadano de accionar*, es decir, de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva que consagra el artículo 26 de la Constitución. Eso, y no otra cosa, es esto de declarar como “*improponible*” una acción.

Para adoptar esta decisión, la Sala, luego de constatar que la solicitud de nulidad o inexistencia planteada versaba, en general, sobre el proceso de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se inició a instancia del Presidente de la República mediante oficio del 15 de agosto de 2007, procedió a decidir conforme a los siguientes contradictorios argumentos:

⁴⁶ Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-07.

⁴⁷ Conforme al artículo 8 del Código de Ética del Juez, -La imparcialidad constituye supuesto indispensable para la correcta administración de justicia, y por ello el magistrado...juez... que se hallare incurso en alguna causal de inhibición o recusación o viere comprometida su imparcialidad por alguna circunstancia previa o sobreviniente al proceso del cual deba conocer, debe separarse inmediatamente del mismo sin esperar a que se le recuse-.

⁴⁸ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros, y en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>

Primero, la Sala constató que conforme al artículo 7 de la Constitución, la misma “es la norma suprema y el fundamento del mismo, por lo que todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público deberán sujetarse a sus prescripciones o disposiciones”, por lo que “a fin de controlar parte de la actividad que ejerzan los órganos más relevantes del Poder Público”, el texto fundamental estableció con el objeto de “proteger a la Constitución ... un conjunto de garantías”, entre las cuales está “el funcionamiento de una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia”⁴⁹ (arts. 334, 335 y 336).

Segundo, la Sala también constató que “precisamente, tales artículos son invocados por los solicitantes a objeto de que esta Sala estime su pretensión, la cual [...] consiste en que se declare la nulidad o inexistencia del acto mediante el cual el Presidente de la República ejerció su potestad de iniciativa de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de los actos posteriores que a fin de darle trámite a dicha iniciativa ha llevado a cabo la Asamblea Nacional.”⁵⁰

Tercero, a los efectos de poder ejercer su competencia, la Sala Constitucional entonces pasó de seguir a analizar el procedimiento de reforma constitucional tal y como está regulado en la Constitución, señalando que:

“Tal como lo ha señalado la dogmática jurídica, la estructura básica de cualquier procedimiento se compone de tres fases: una de iniciación, otra de instrucción o sustanciación y, la última, de finalización o terminación. En el transcurso de tales fases, se van emitiendo ciertos pronunciamientos. Tales pronunciamientos van decidiendo cuestiones puntuales relativas al estado en que se encuentre el trámite del asunto. Incluso, para alcanzar tales decisiones se implementan procedimientos secundarios que se tramitan simultáneamente con el procedimiento principal. Lo que destaca en todo caso la doctrina es que, tanto el uso de procedimientos secundarios como la emisión de ciertos actos durante el discurrir del procedimiento principal, responden a la necesidad de ir avanzando en el proceso de formación del acto definitivo.”⁵¹

La Sala entonces acudió a una clásica distinción del derecho administrativo aplicable a los procedimientos administrativos, a los efectos de determinar la impugnabilidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa, entre los “pronunciamientos dictados durante las fases antes mencionadas ... denominados “*actos de trámite*”; y “las decisiones que resuelven el asunto objeto del procedimiento [que] se les denomina “*actos definitivos*”; destacando que la distinción responde no “solamente a la fase en que ambos tipos de actos son formados o respecto del asunto sobre el cual se pronuncian, sino que también responden a los diversos efectos que el ordenamiento jurídico asocia a unos u otros”, concluyendo que:

“para los *actos de trámite* se ha establecido que no son impugnables en forma aislada o independiente, y si lo fuesen lo serían en tanto en cuanto excedieran el fin para el cual fueron dispuestos, ya sea porque sustituyen la decisión definitiva, porque pongan fin al procedimiento o porque causen indefensión. En cambio, los *actos definitivos*, o un grupo importante de ellos (los contentivos de una manifestación de voluntad) sí serían susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales”⁵².

Esta distinción y sus efectos en materia contencioso administrativa, fue la que la Sala Constitucional, pura y simplemente, extrapoló a un procedimiento constitucional como el de reforma constitucional, en el cual, sin embargo, al contrario de lo que ocurre en un procedimiento administrativo, *cada fase concluye con un acto definitivo de la misma*, como es el acto de iniciativa, el acto de sanción parlamentaria, y el acto de convocatoria a referendo. Esos actos estatales, *son definitivos, y producen efectos inmediatos respecto de la fase concluida*, teniendo que poder ser controlados, ya que si la iniciativa de reforma no se ajusta a lo previsto en la Constitución, se estaría dando comienzo a un procedimiento inconstitucional; si la sanción por la Asamblea Nacional de un proyecto de reforma constitucional, implica sancionar una transformación radical del Estado y de sus principios, se estaría adoptando un acto contrario a la Constitución; y si se convoca a un referendo para una reforma constitucional inconstitucionalmente adoptada, este acto de convocatoria también sería inconstitucional. Todos esos actos estatales, con efectos definitivos cada uno de ellos en sus correspondientes etapas, tendrían que poder ser controlados judicialmente por la Jurisdicción Constitucional. Sin embargo, esta, en Venezuela, en este caso decidió, al contrario, la Sala Constitucional renunció al control, estableciendo que:

⁴⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso *Jorge Paz Nava y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm>

⁵⁰ *Idem*

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem*

“tanto la decisión conforme a la cual el Presidente en Consejo de Ministros hubiere acordado presentar una iniciativa de Reforma; la remisión mediante la cual dicha autoridad ejerció la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, como los pronunciamientos o decisiones posteriores que ha venido emitiendo o tomando la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio de aquélla potestad, *son actos de trámite, y en tal sentido resultan inimpugnables de forma separada e independiente.*”⁵³

Y cuarto, finalmente, al analizar la acción de nulidad intentada, la Sala Constitucional, para colmo, constató que el supuesto de la solicitud de nulidad o inexistencia intentada,

“no responde al supuesto del numeral 1 del artículo 336 constitucional, pues no se impugna una ley nacional o un acto con rango de ley nacional; ni al supuesto del numeral 2 del mismo precepto, ya que no es una Constitución o ley estatal, ni una ordenanza municipal, ni un acto en ejecución directa o inmediata de la Constitución; tampoco es un acto con rango de ley dictado por el Ejecutivo Nacional, supuesto éste que contempla el numeral 3 de dicho artículo; *ni es, por último, un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución dictado por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público*, ya que todos los actos a que se hace referencia en estos supuestos, conforme a las conclusiones a que se llegó anteriormente, deben ser actos definitivos y no de trámite”⁵⁴.

Al contrario, es difícil encontrar en el ordenamiento constitucional, otros actos estatales de órganos del Poder Público tan definitivos y que además sean de ejecución tan directa de la Constitución, regulados sólo en esta. Sin embargo, la Sala les negó tal carácter, así como sus efectos definitivos, y concluyó declarando la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad como “*improponible* en derecho”⁵⁵.

La misma tesis de la *improponibilidad* de las acciones de nulidad contra los actos estatales dictados en las fases del procedimiento de reforma constitucional, la ratificó la Sala Constitucional en su sentencia N° 2203 de 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López), Caso *Hermann Escarrá Malavé y otros*⁵⁶, para rechazar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad que se había intentado contra el acto dictado por la Asamblea Nacional sancionatorio de la reforma constitucional y contra todos los actos de gobierno, administrativos o de autoridad concomitantes”, en la cual la Sala incluso llegó a calificarlos como *actos “de instrucción”* (no definitivos); agregando que la “solicitud propuesta no se corresponde (ni podría corresponderse) con ninguno de los supuestos que integran los enunciados normativos contentivos de potestades jurisdiccionales atribuidas a esta Sala Constitucional”.⁵⁷ Igual decisión se adoptó en la sentencia N° 2204 de la misma fecha 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López), Caso *Adriana Vigilancia García y otros*, con motivo de declarar también como *improponible*, la acción de nulidad por inconstitucionalidad intentada contra la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional y la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral.⁵⁸

Debe indicarse además, que la misma Sala Constitucional luego de su sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasquero), dictada en el Caso *Jorge Paz y otros* antes comentada, dictó la sentencia N° 2147 de 13 de Noviembre de 2007 en el Caso *Rafael Ángel Briceño*, en la cual había reiterado su criterio de la *imposibilidad de impugnar la iniciativa de reforma constitucional que ejerció el Presidente de la República al presentar su proyecto ante la Asamblea*, refiriéndose a su inserción en un proceso complejo, que al no exteriorizar efectos por sí sola, *escapa de control jurisdiccional*. A tal efecto, la Sala siguió el siguiente razonamiento:

En primer lugar, la Sala constató que “como un acto de adecuación histórica del documento jurídico-político fundamental, la Reforma es la concreción de múltiples factores (jurídicos, políticos, sociales,

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ Debe mencionarse que mediante sentencia de la Sala Constitucional N° 2110 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), Caso *Juan Carlos Jaimés* de 29 noviembre de 2007, la misma citando las sentencias anteriores N° 2108 del 7 de noviembre de 2007 y N° 2189 del 22 de noviembre de 2007, en cambio declaró -inadmisible- la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se había intentado conjuntamente con medida cautelar innominada contra la totalidad del proyecto de reforma sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional, por considerar que el asunto había sido ya decidido con anterioridad. Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2210 de 29-11-2007, Caso *Juan Carlos Jaimés*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2210-291107-07-1624.htm>

⁵⁶ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2203 del 27 de Noviembre de 2007, Caso *Hermann Escarrá Malavé y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2203-271107-07-1597.htm>

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2204 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Vanesa Sánchez y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2204-271107-07-1625.htm>

económicos) en el que participan diversidad de órganos para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio, y que se verifica en un proceso complejo”⁵⁹, mediante la iniciativa; la discusión y aprobación realizada por la Asamblea Nacional; el referendo, organizado por el Consejo Nacional Electoral; y la promulgación a cargo del Presidente de la República.

En segundo lugar, la Sala Constitucional, de nuevo impropriadamente, acudió a criterios de derecho administrativo para resolver el asunto al constar que en virtud de ser un proceso complejo, “la reforma constitucional se configura en *etapas sucesivas* de una relación inter orgánica”, señalando que sobre la misma “se ha sostenido desde épocas tempranas del derecho administrativo, *que no causan gravamen porque no exteriorizan sus efectos y, por tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional*”, agregando que “en efecto, cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.”

En tercer lugar, en particular sobre el acto de iniciativa para la reforma constitucional, la Sala Constitucional sostuvo que:

“los titulares de la iniciativa son representantes del Poder Constituido y el ejercicio de tal iniciativa está sometido a requisitos formales; pero de acuerdo con el artículo 343 *eiusdem*, el efecto jurídico concreto de esa iniciativa es la concreción de la potestad de la Asamblea de tramitarla, lo que exige distinguir no sólo a quién corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 342, sino también diferenciar dos momentos del trámite realizado ante la Asamblea Nacional: la decisión política de la iniciativa, esto es, la conveniencia de tramitar o no a la revisión; y la discusión de la iniciativa.”⁶⁰

En cuarto lugar, de nuevo acudiendo a aplicar impropriadamente al procedimiento de reforma constitucional el procedimiento de formación de las leyes, que tiene otro sentido totalmente distinto (y que, si acaso sólo se podría aplicar a las diversas “discusiones” parlamentarias del proyecto, pero no a su sanción), la Sala Constitucional señaló que “los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento”, agregando que:

“Por ello, los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007). En uso de este criterio tampoco se ha aceptado la nulidad de proyectos de leyes, pues al no existir válidamente ni producir efectos jurídicos *erga omnes* difícilmente podría cuestionarse su nulidad: ningún calificativo cabe respecto de algo que no tiene efectos jurídicos generales de inmediato.”⁶¹

En quinto lugar, la Sala Constitucional, de nuevo, para decidir sobre la impugnación de los actos del Poder constituido en el procedimiento de reforma constitucional, acudió también impropriadamente a los criterios jurisprudenciales establecidos en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, en particular, en relación con el control previo de la constitucionalidad de las mismas, constatando que en la Constitución:

“existen de forma excepcional controles previos de posibles actos normativos; pero en el ordenamiento constitucional vigente la regla general es que esta Sala, como máximo y último interprete del Texto Fundamental, se centre en el control posterior de los distintos actos que enumera el artículo 336 y otros de la Carta Magna; excepcionalmente, los únicos controles previos de posibles actos normativos están establecidos en la Constitución vigente para los tratados suscritos por la República -cardinal 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de la constitucionalidad de proyectos de Ley establecido a favor del Presidente de la República -artículo 214”⁶².

De todo lo anterior, trasladando todas estas consideraciones a la iniciativa de reforma constitucional, concluyó señalando pura y simplemente, que “*tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su*

⁵⁹ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2147 de 13 de Noviembre de 2007, Caso: Rafael Ángel Briceño, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2147-131107-07-1476.htm>

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ *Ibidem*

⁶² *Ibidem*

contenido”, siendo su “único efecto jurídico [que] verificada la iniciativa de la reforma esta será tramitada por la Asamblea Nacional,” decidiendo que respecto de la iniciativa, “porque no se trata de un acto normativo, como es apenas la fase inicial de la reforma constitucional”, caben

“las mismas consideraciones que frente a los Proyectos de Ley: por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse jurisdiccionalmente *a priori* su contenido; más aún cuando al estipular el artículo 343 de la Constitución tres discusiones para la reforma propuesta es probable y hasta válido que el acto que sea aprobado por la Asamblea Nacional sea distinto al propuesto inicialmente por el Presidente, de modo que existe la posibilidad de que terminen siendo dos actos distintos el que inicia la reforma y el que es sancionado por la Asamblea”⁶³.

Con base en todos estos argumentos, en este caso, también la Sala Constitucional concluyó declarando como “*improponible*” la acción de nulidad.

Con posterioridad, la Sala Constitucional dictó la sentencia N° 2189 de 22 de noviembre de 2007 (Ponente: Arcadio Delgado Rosa), Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela CONFEPUV y Colegio de Abogados del Estado Carabobo*⁶⁴ en la cual, de nuevo, declaró como *improponible* la acción popular de inconstitucionalidad contra la totalidad del proyecto de reforma sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional, como órgano del Poder Constituyente derivado.

Para decidir, la Sala comenzó constatando que “la reforma es un acto normativo (actualmente un proyecto) de la Asamblea Nacional como órgano del Poder Constituyente derivado y, en tal calidad, un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución” dentro de:

“un “*proceso complejo*” que comienza con la iniciativa (artículo 342); continúa con la discusión y aprobación, que corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 343); sigue con el referendo constitucional, regulado en el artículo 344, que corresponde ejercerlo al pueblo “*como validante definitivo de la reforma*”; y, finalmente, la promulgación por el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 346 constitucional.”⁶⁵

Respecto de dicho procedimiento, a juicio de la Sala y siguiendo razonamientos anteriores, “se trata de un proceso complejo de formación de actos normativos que *se asemeja al ordinario de formación de leyes*; y una de las coincidencias absolutas es que no se puede hablar de un acto definitivo si no se han cumplido todos los pasos de este trámite procedimental”; concluyendo que “conformado en etapas sucesivas de una relación inter orgánica, no causa gravamen hasta tanto no exteriorice sus efectos (mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial)”; por lo que “mientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma “*aborte*” en alguna de esas etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo (Vid. sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007, Caso: *Rafael Ángel Briceño*)”

Por otra parte, en esta sentencia, la Sala introdujo nuevos argumentos sobre el control de la constitucionalidad del acto normativo del poder constituyente derivado, señalando tajantemente que “cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo”, considerando que “el control previo de constitucionalidad sobre actos no perfeccionados de los poderes públicos (constituidos) es absolutamente excepcional y la propia Constitución lo determina en artículos como el 336 cardinales 5 y 6; 203 y 214.”⁶⁶

De lo anterior concluyó la Sala que “el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un *acto normativo no perfeccionado*, *no puede producir efectos jurídicos externos* y, por lo tanto, no es *posible controlar jurisdiccionalmente a priori su contenido*”; razón por la cual, en este caso, también declaró “*improponible en derecho* la acción popular de inconstitucionalidad intentada”.⁶⁷

Sobre esta inconstitucional decisión, el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera salvó su Voto, señalando al contrario que todas las fases del procedimiento de reforma constitucional ante la Asamblea constituyen

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de Noviembre de 2007, Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*

verdaderos actos de la misma, y si en ellos “no se cumplen con el contenido señalado, o se subvierte su orden, etc, cada fase se hace controlable jurisdiccionalmente, como ocurre con cualquier acto del Poder Público, que no sea de mero trámite, y éstos no lo son”. Agregó, dicho Magistrado que:

“Se trata de actos formativos derivados directamente de la Constitución, que pueden devenir en violaciones a la Carta Magna y que como tales pueden ser controlados por cualquier interesado (acción popular), que solicite su nulidad y las medidas preventivas que considere.

La naturaleza jurídica de estos actos no equivalen a leyes, pero sí son actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por un órgano estatal en ejercicio del Poder Público y que pueden colidir con normas de nuestra Carta Fundamental (artículo 336.4 constitucional).

En criterio de quien suscribe, los accionantes están pidiendo se declare la inconstitucionalidad del procedimiento seguido por la Asamblea Nacional, lo que por aplicación del principio *pro actione*, referido en el fallo, significa que piden la nulidad de los actos formativos del acto final aprobatorio, así como éste mismo, como resultado de los vicios constitucionales que en conjunto atribuyen a los actos formativos y el acto mismo.

Tratándose de actos del Poder Legislativo que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la acción popular existe para controlarlos jurisdiccionalmente, máxime cuando el vicio denunciado contra ellos es que la Asamblea no podía conocer lo propuesto por el Ejecutivo, como una reforma, por tratarse lo propuesto de un cambio estructural a la Constitución vigente, lo que ameritaba para su conocimiento de una Asamblea Nacional Constituyente (artículos 347 a 350 constitucional).⁶⁸

Por tanto, al contrario de lo decidido por la Sala, cuando las Constituciones establecen precisos procedimientos que el poder constituyente derivado debe seguir para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la misma, la consecuencia lógica de estas regulaciones y la obligación de sometimiento a la Constitución, es que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional, dado el principio de la supremacía constitucional, debe y tiene que estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional.

En todo caso, la doctrina que fue construyendo la Sala Constitucional de *negar el acceso a la justicia y la impugnación de los actos de los poderes constituidos* en el procedimiento de reforma constitucional, la ratificó la Sala en otra sentencia de la misma fecha 22 de noviembre de 2007, N° 2192 (Ponente: Carmen Zuleta de Merchán), Caso *Gerardo Guzmán* con motivo de decidir la acción de nulidad por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial para la reforma constitucional, en la cual la Sala consideró igualmente que “la propuesta de reforma constitucional es sólo la fase inicial de un procedimiento que genera el desarrollo de distintos actos, que para el momento actual han originado la intervención de los distintos órganos estatales llamados constitucionalmente a hacerlo -Asamblea Nacional- y -Consejo Nacional Electoral-”; concluyendo su decisión afirmando que “no es posible cuestionar la iniciativa de reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, y los distintos actos que tal propuesta ha desencadenado, basándose en una supuesta falta de cualidad del Presidente, razón por la cual esta Sala declara NO HA LUGAR en derecho el recurso de nulidad interpuesto”⁶⁹.

Posteriormente, la misma tesis de la sentencia N° 2189 de 22 de noviembre de 2007, Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)*, se repitió en la sentencia N° 2205 de 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Carmen Zuleta De Merchán), Caso *Gonzalo Oliveros Navarro*, al decidir la Sala el recurso de nulidad contra los mismos actos de la Asamblea Nacional y del Consejo Nacional Electoral relativos a la reforma constitucional, insistiendo que “el control de la constitucionalidad del acto normativo del Poder Constituyente derivado, cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo”⁷⁰, argumentando además, en este caso, que el planteamiento del recurrente ya había sido “objeto de conocimiento y decisión por parte de esta Sala” con lo que concluyó que “en el presente caso, ha operado la cosa juzgada y, por tanto, debe declararse inadmisibile el presente recurso de nulidad por inconstitucionalidad”⁷¹.

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2192 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Gerardo Guzmán*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2192-221107-07-1671.htm>

⁷⁰ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2205 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Gonzalo Oliveros Navarro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2205-271107-07-1606.htm>

⁷¹ *Ibidem*

Por otra parte, en la misma fecha 22 de noviembre de 2007, en la que se publicó la sentencia antes comentada N° 2189, la Sala Constitucional dictó otra decisión N° 2194 (Ponente Luisa Estella Morales Lamuño), Caso: *Hermann Escarrá, Helen Torrealba y otros*, en la cual también declaró *improponible* el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido conjuntamente con medida cautelar inno-
minada contra el “acto del Ejecutivo Nacional, distinguido con el N° MPPDP-DGSCM-0716 de fecha 15 de agosto de 2007, concerniente al denominado Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, iniciativa legislativa del Ejecutivo Nacional aprobado en Consejo de Ministros Extraordinario N° 535 de 15 de agosto de 2007, y que consta de Acta certificada N° 5.321, pretendidamente efectuado en ejecución directa del artículo 342 de la Constitución, por el cual el Ejecutivo Nacional en cabeza del Presidente de la República, el 15 de agosto de 2007, ultimo (sic) día del período de sesiones de la Asamblea Nacional, tomó la iniciativa de presentar ante ésta para su tramitación una mal denominada reforma de la vigente Constitución, con base a un supuesto proyecto de reforma que no se adecua a las prescripciones del artículo 342 eiusdem”.

En dicho recurso, los impugnantes habían alegado que el proyecto había sido presentado a la Asamblea Nacional “como una simple reforma a la vigente Constitución” con el objeto de que fuera sometido por la dicha Asamblea al procedimiento de reforma constitucional, “cuando en realidad ella no responde a la definición de Reforma que la propia Constitución contempla y, por el contrario, pretende establecer un Estado, un sistema político y un sistema económico esencialmente distintos y contrapuestos a los establecidos en la Constitución objeto de la mal denominada Reforma”⁷². Para tomar la decisión de negar el acceso a la justicia en este caso, la Sala Constitucional fue aún más contradictoria en su razonamiento que en las otras sentencias anteriores, ya que, en este caso, comenzó por sentar todos los *principios de la universalidad del control constitucional* a cargo de la Sala Constitucional, pero para concluir contradictoriamente, excluyendo el control respecto de los actos del poder constituido en materia de reforma constitucional.

En efecto, la Sala Constitucional, comenzó su sentencia constatando que “el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo”, afirmando que “ciertamente, bajo el ordenamiento jurídico vigente es inconcebible aceptar la existencia de ámbitos jurídicos -actos u actuaciones- de los órganos del Poder Público, desprovistos de una efectiva tutela judicial, sin contradecir los valores fundamentales del imperio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;” y que “no cabe, en consecuencia, duda alguna sobre la universalidad del control jurisdiccional sobre la actividad del Estado con relevancia jurídica”⁷³.

Sin embargo, agregó la Sala, que “este control debe ejercerse sobre actos definitivos (perfeccionados) y no sobre actos individualmente considerados de un proceso inter orgánico complejo para la formación de una norma, antes de que dicho acto normativo produzca sus efectos jurídicos externos.”⁷⁴; y con ello, pasó de la universalidad del control, a excluir el control de los actos de los órganos del poder constituido en el procedimiento de reforma constitucional, en particular sobre el acto mediante el cual el Presidente de la República presentó un Proyecto de Reforma de la vigente Constitución ante la Asamblea Nacional.

Para ello, la Sala acudió al mismo razonamiento de la existencia de distintas fases en que se lleva a cabo la reforma constitucional, y respecto de la iniciativa presidencial en todos los procedimientos de revisión constitucional, que fue el acto impugnado en el caso concreto, señaló que:

“a pesar de ser un acto de contenido discrecional, en cuanto a su oportunidad, mérito y conveniencia de cuándo, por qué y cómo ejercer la iniciativa, tiene un alto contenido reglado, no sólo reglado en cuanto a su forma -vgr. Como acto tomado en Consejo de Ministros-, sino en cuanto a su contenido, toda vez que dependiendo del grado de la modificación planteada, el mismo deberá seguir el procedimiento para enmienda, reforma o la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, conforme a los artículos 340, 342 y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”⁷⁵

⁷² Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2194 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Hermann Escarrá, Helen Torrealba y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2194-221107-07-1289.htm>

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ *Ibidem*

La Sala Constitucional, además, afirmó en esta sentencia, que “*la violación del Texto Fundamental respecto de la iniciativa -acto impugnado- y procedimiento para modificar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, condiciona la validez de la totalidad de los actos subsecuentes*”, lo que por sí sólo tenía que llevar a la Sala, precisamente por ello, a ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, en este caso, la Sala también renunció a ejercer la justicia constitucional, habiendo sin embargo, citado, “*criterios jurisprudenciales en el Derecho Comparado que incluso han declarado la nulidad de reformas constitucionales ya aprobadas, tal como ocurrió en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -República Argentina- del 19 de agosto de 1999, mediante el cual declaró la nulidad del artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional de la República Argentina, incorporado por la reforma de 1994*”⁷⁶.

La Sala Constitucional, en esta sentencia que como se dijo, es contradictoria entre su motiva y lo resuelto, incluso llegó a afirmar que:

“El control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución es posible si se demuestra la falta de concurrencia de requisitos indispensables para la aprobación de la norma constitucional reformada, ya que la modificación del Texto Constitucional mediante los procedimientos de enmienda o reforma la Constitución e incluso para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, no pueden exceder o violar el marco de la regulación constitucional en los cuales se fundamenta su procedencia.

Así, es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender mantener su validez. Siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho”⁷⁷.

Pero todo lo anterior, para lo que sirvió fue para que la Sala Constitucional sólo declarara su competencia para el conocimiento del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido contra el al acto impugnado, mediante el cual el Presidente de la República presentó el proyecto de reforma constitucional; pero no para ejercer el control constitucional, sino para declarar la acción como “*improponible*”, citando fallos precedentes en la materia (N^{os} 2042 del 02/11/07 y 2147 del 13/11/07), decidiendo:

“que, si bien se trata el impugnado mediante la presente acción, de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal controlable jurisdiccionalmente, *al no tratarse de un acto definitivo sino de uno integrante de un proceso complejo que concluye con la ratificación referendaria y la promulgación de la reforma cuya iniciativa correspondió al Presidente de la República; no puede ser objetivamente impugnable de una manera inmediata*”⁷⁸.

El mismo razonamiento de la sentencia N^o 2194 de 22 de noviembre de 2007 (Caso *Hermán Escarrá y otros*), lo siguió la Sala en la sentencia N^o 2200 (Ponencia Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Julio Borges y otros* dictada el 27 de noviembre de 2007, en la cual afirmó con mayor precisión que los efectos jurídicos de los diversos actos de dicho “proceso complejo” de la reforma constitucional “están condicionados a la aprobación popular de las modificaciones a través del mecanismo del referendo aprobatorio”, concluyendo con la afirmación de que la demanda de nulidad dirigida contra del proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional y la convocatoria del Consejo Nacional Electoral a referendo aprobatorio de la misma:

“carece de la entidad suficiente para ser impugnados, hasta tanto se verifiquen los efectos definitivos del procedimiento previo a la consulta popular a celebrarse el venidero 2 de diciembre de 2007, una vez aprobadas o no las normas constitucionales propuestas, en caso de subsistir el interés jurídico de cualquier ciudadano en su impugnación podrían ser objeto de un eventual control por parte de esta Sala.”⁷⁹

En consecuencia, de lo anterior, también en este caso, la Sala declaró *improponible en derecho* el recurso de nulidad interpuesto.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N^o 2200 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Julio Borges y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/seon/Noviembre/2200-271107-07-1614.htm>

Por lo demás, en exactos términos fueron emitidas la sentencia N° 2201 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño) de 27 de noviembre de 2007, Caso *Guillermo Morena Alcalá y otro*, al decidir una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta conjuntamente con amparo cautelar contra la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional⁸⁰; la sentencia N° 2202 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Alberto Nieves Alberti* de la misma fecha 27 de noviembre de 2007, al decidir la acción de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con amparo cautelar contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional dictado por la Asamblea Nacional y la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral⁸¹; y la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas*, también al dictada al decidir una acción de nulidad por inconstitucional contra la sanción de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional. En esta última, la Sala reiteró la declaratoria de improponibilidad de la acción, con base al criterio sentado en los fallos Nos. 2042 del 02/11/07 y 2147 del 13/11/07, en el sentido de que “si bien se trata de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal controlable jurisdiccionalmente, al no tratarse de un acto definitivo sino de uno integrante de un proceso complejo que concluye con la ratificación referendaria y la promulgación de la reforma cuya iniciativa correspondió al Presidente de la República; no puede ser objetivamente impugnabile de una manera inmediata”⁸².

Igualmente, la tesis de la improponibilidad fue ratificada por la misma Sala Constitucional en su sentencia N° 2206 de fecha 27 de noviembre de 207 (Ponencia Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Yon Goicocheay otros*, aún tratándose en este caso de una acción de amparo, al declarársela que *no había lugar* a la misma, que los accionantes habían ejercido contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional emanado de la Asamblea Nacional, en la cual habían alegado violación al derecho a la participación política y al derecho a la información, los cuales además, la Sala consideró que no se habían vulnerado en el procedimiento de reforma constitucional, sino que al contrario, habían sido amplia y plenamente respetados y garantizados por la Asamblea Nacional.⁸³

VI. LA RENUNCIA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL A EJERCER LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO

Con las sentencias anteriores, como se ha dicho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, deliberadamente y tal como lo había anunciado públicamente, con anterioridad, la Presidenta de la propia Sala y del Tribunal Supremo de Justicia, *renunció a ejercer el control de constitucionalidad* sobre los actos de los poderes constituidos relativos a la reforma constitucional, lo que sin duda contrasta con lo que sucede en otros países latinoamericanos y con lo que incluso se regula expresamente en muchas Constituciones.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 241 atribuye a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y *en particular de los procedimientos para la revisión constitucional*, asignándole en particular competencia para:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, *cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, *sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos *sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*

Por su parte, el artículo 379 de la misma Constitución de Colombia dispone expresamente que en todos los procedimientos de revisión constitucional en los cuales haya actos legislativos, convocatoria a

⁸⁰ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2201 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Guillermo Moreno Alcalá y otro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2201-271107-07-1621.htm>

⁸¹ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2202 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Alberto Nieves Alberti*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2202-271107-07-1672.htm>

⁸² Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2208 de 28 de Noviembre de 2007, Caso: *Antonio José Varela y otro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2208-281107-07-1607.htm>

⁸³ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2206 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Yon Goicochea y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2206-271107-07-1595.htm>

referendo, de consulta popular o convocatoria a la Asamblea Constituyente, los mismos pueden ser declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional cuando violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula el proyecto de reforma constitucional. La acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la propia Constitución que regula la potestad de la Corte Constitucional de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. En estos casos, como por ejemplo lo decidió la Corte Constitucional colombiana en sentencia N° C-551 del 9 de julio de 2003 con ocasión del proceso de reforma de la que propuso el Presidente de la república y fue aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley N° 796 de 2003: “La Constitución ha establecido “un control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución”. Y este control reforzado es razonable por cuanto, como lo señaló el citado auto, la “reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior”. Concluyó entonces el citado auto que la “Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo”.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia enumera entre las atribuciones del Tribunal Constitucional (Art. 119, VII, 10), la de conocer y resolver sobre las demandas *respecto a procedimientos en la reforma* de la Constitución, las cuales se pueden plantear por cualquier Senador o Diputado o por el Presidente de la República, en relación con los proyectos de reforma.

En Costa Rica, el artículo 10, b) de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, competencia para conocer de las *consultas sobre proyectos* de reforma constitucional.

En la Constitución de Chile, el artículo 82, 2 atribuye al Tribunal Constitucional competencia para resolver las *cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos* de reforma constitucional. En este caso, el Tribunal sólo puede conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la reforma. El Tribunal debe resolver dentro del plazo de diez días contados desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados. Este requerimiento, en todo caso, no suspende la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de este no podría ser promulgada hasta la expiración del plazo referido.

En consecuencia, durante el desarrollo de los procedimientos para la revisión constitucional, puede decirse que los órganos a los que se atribuye el ejercicio del poder constituyente derivado están sometidos a la Constitución, la cual, como lo indica la Constitución de Nicaragua, tiene que seguir en vigencia “mientras no se apruebe por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva Constitución” (Art. 194); o como lo indica la Constitución de República Dominicana “no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares” (Art. 120). No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la propia Constitución, por lo que los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen sobre asuntos o materias que la Constitución prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional, que en el caso de Venezuela, es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; órgano que sin embargo, como se ha analizado anteriormente, renunció a ejercer la justicia constitucional, con el argumento de que había que esperar que el procedimiento constitucional culminase en todas sus etapas, incluso con la “aprobación” mediante referendo, para que una vez publicada la nueva Constitución en Gaceta Oficial, una reforma constitucional inconstitucionalmente realizada pudiera impugnarse. Para ese momento, sin duda, entonces, como hecho cumplido, hasta hubiera podido surgir una eventual tesis de la prevalencia de la voluntad popular expresada como poder constituyente originario en el referendo frente a la supremacía constitucional. Sobre ello

tenemos experiencia en Venezuela.⁸⁴ En el caso del procedimiento de reforma constitucional realizado inconstitucionalmente en Venezuela, entre agosto y diciembre de 2007, sin embargo, fue el pueblo el que se encargó de ponerle fin, mediante el *masivo rechazo popular a la reforma*, la cual *no fue aprobada* en el referendo del 2 de diciembre de 2007. En todo caso, no hay que olvidar que el problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que, a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política circunstancial. El problema radica en la duración de la estabilidad constitucional que pueda derivarse de la supuesta legitimación y en el consenso que se haya podido haber obtenido para las reformas⁸⁵.

Reformas impuestas por minorías o por mayorías circunstanciales sin que hayan sido producto de acuerdos, compromisos y consensos, es decir, de verdaderos pactos políticos, generalmente no tienen larga vida y las más de las veces, la vida que tienen termina estando vinculada a la vida política del o de los actores que las impusieron.

⁸⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999-, en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

⁸⁵ Véase sobre este tema de la reforma constitucional y el control de constitucionalidad Allan R. Brewer-Carías, -La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad-, en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Bogotá, 2005, pp. 108-159; -Modelos de revisión constitucional en América Latina-, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, N° 141, Caracas 2004, pp.115-156; y -Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela-, en Eduardo Roza Acuña (Coord.), *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

2008

18. LA SALA CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUYENTE: LA MODIFICACIÓN DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO Y DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

Revista de Derecho Público, N° 114, abril-junio 2008,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 247-262

Resumen: *En este comentario se analiza la sentencia de la Sala Constitucional de 15-04-08 en la cual al interpretar el artículo 164,10 de la Constitución, concluyó modificando su contenido, convirtiendo la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de conservación, administración y mantenimiento de la infraestructura nacional de vialidad y transporte, en una competencia concurrente con el Poder Nacional, que este puede incluso intervenir y “reasumir.”*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, y con la impunidad que le garantiza el ser el más alto Tribunal de la República y “máximo y último intérprete de la Constitución” (art. 335), ha usurpado la voluntad popular y el poder constituyente que corresponde al pueblo, y ha “modificado” la Constitución, cambiando la forma federal del Estado, al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados de la federación en materia de infraestructura para la circulación y transporte, “nacionalizando”(centralizando), contra lo que expresamente dispone la Constitución, competencias atribuidas en forma exclusiva a los Estados.

El artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia *exclusiva* a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional.”

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008¹, dictada con motivo de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el Procurador General de la República, pura y simplemente “modificó” el contenido de esta norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de la misma, que esa “competencia exclusiva” *no es tal competencia exclusiva*, sino una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional podía revertir a su favor la materia “descentralizada” eliminando toda competencia de los Estados.

La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional “en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” y que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” en aquellos casos que la prestación del servicio “por parte de los Estados es deficiente o inexistente.”

¹ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

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

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA “FEDERACIÓN DESCENTRALIZA” VENEZOLANA

Conforme se declara en el artículo 4 de la Constitución de 1999, “la República Bolivariana de Venezuela es un *Estado federal descentralizado* en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.” Sin embargo, dicha declaración, en realidad, encubre un Estado federal centralizado, ya que la misma se contradice en muchas regulaciones que establece la propia Constitución.”²

Pero en todo caso, y a pesar de esas contradicciones, en la conformación del Estado con forma federal, se puede identificar al menos un núcleo esencial de la misma en la Constitución, que es expreso y que no puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional, el cual se refiere, precisamente, al sistema de “distribución” del Poder Público que regula el artículo 136 “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional,” el cual se materializa en la distribución de una serie de competencias entre los tres niveles territoriales.

Esa asignación de competencias ciertamente tiene un acentuado desbalance, primero, por el conjunto de competencias que se asignan a favor del Poder Nacional (artículo 156) y, segundo, por las que se asignan a favor del Poder Municipal (artículos 178, 179), las cuales, comparadas con las competencias que se asignan al Poder Estatal, en cambio, muestran una lista bien exigua (artículo 164). En efecto, esta distribución de competencias además de referirse a *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales enumera las *materias* sobre las cuales se ejercen esas atribuciones en los tres niveles territoriales.³

En esta forma, el artículo 156 de la Constitución enumera como de la “competencia del Poder Público Nacional...” un conjunto de *materias*, muchas de las cuales son de carácter exclusivo, como, por ejemplo, la relativa a “La política y la actuación internacional de la República” (arts. 156,1; 152; 154); y otras de carácter concurrente con otros niveles territoriales. En relación con los Estados, el artículo 164 de la Constitución, además de un conjunto de atribuciones, también define unas *materias* que califica como de la “competencia exclusiva de los Estados”, entre las cuales está, por ejemplo, “la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (ord. 9); y la “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial...” (ord. 10).

En cuanto a los Municipios, en el artículo 178 se regula “la competencia del Municipio” traducida en un conjunto de *materias* que son de ejercicio exclusivo sólo en los aspectos que estrictamente conciernen a la vida local.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA

Ahora bien, específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece el siguiente sistema de distribución de competencias:

² Véase nuestros estudios sobre el tema, elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; -El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional- en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999- en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

1. *Las materias de competencia exclusiva del Poder Nacional*

El artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder nacional en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, las siguientes competencias exclusivas entre los tres niveles territoriales:

A. *La ordenación normativa de las obras de infraestructura*

Corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional *regular* el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156,19 le asigna competencia para “el establecimiento, coordinación y unificación de *normas* y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo.” Además, corresponde al Poder Nacional la competencia exclusiva para establecer “el *régimen*... de los puertos⁴, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26).

B. *Las obras públicas nacionales*

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “obras públicas de interés nacional” (art. 156,20), por lo que la competencia en materia de obras públicas estatales y municipales corresponde, respectivamente, a los Estados y Municipios.

C. *La vialidad nacional*

Conforme al artículo 156,27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales⁵. Esta norma no reserva al Poder Nacional la vialidad, sino el *sistema* (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello, los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal, sometidos a las normas establecidas en materia de ingeniería por el Poder Nacional (art. 156,19).

D. *El transporte nacional*

El artículo 156,26 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre⁶, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional*...” Además, como se dijo, el artículo 156,27, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “ferrocarriles nacionales”⁷.

En consecuencia, también puede haber transporte estatal y municipal, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional “las políticas nacionales y la legislación en materia naviera” (art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

E. *La competencia en materia de legislación general*

De acuerdo con el artículo 156,32, el Poder Nacional además de las competencias legislativas que tiene respecto de las materias que se le atribuyen, tiene la competencia exclusiva general respecto de la legislación en las “todas las materias de la competencia nacional.”(art. 156,32)

2. *Las materias de la competencia exclusiva del poder público estatal*

Al contrario de lo que sucede con el artículo 156 de la Constitución relativo a las materias de la competencia del Poder Nacional (algunas de las cuales son exclusivas y otras no), el artículo 164 de la Constitución sólo regula competencias *exclusivas* de los Estados, las cuales sin dejar de ser “exclusivas”, están reguladas como una exclusividad parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del Poder Público.

⁴ Véase Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos en G.O. N° 37.589 del 11 de diciembre de 2002. Decreto N° 1.380 con Fuerza de Ley General de Marinas y Actividades Conexas en G.O. N° 37.321 del 9 de noviembre de 2001. Véase en general, sobre los puertos: Ricardo Baroni Uzcátegui, -Las competencias portuarias a la luz de la Constitución de 1999- en DOCTUM. *Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado*, Vol. 3, N° 2 (mayo-diciembre). Caracas, 2000, pp. 191-206.

⁵ Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en G.O. N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

⁶ Véase Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre en G.O. N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

⁷ Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en G.O. N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

A. *Las obras públicas estatales*

Al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales, con sujeción a las normas sobre ingeniería establecidas por el Poder nacional (art. 156,19).

B. *La vialidad estatal*

El artículo 164,9 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales”. Estas vías terrestres estatales son “las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales”, tal como las definió el artículo 6 del Reglamento Parcial N° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre⁸; siendo vías de comunicación nacionales, “las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites” (art. 4,1).

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es importante, ya que el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales” (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de “vialidad urbana”.

C. *La administración de la vialidad nacional*

Siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁹ (art. 11,3), que tenía rango constitucional,¹⁰ el artículo 164,10 de la Constitución, constitucionalizando esa materia, como se ha dicho, asignó competencia exclusiva a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional.”

Esta competencia, sin embargo, está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) y, además, la deben ejercer los Estados sujetos a “la coordinación con el Poder Nacional,” que éste debe regular.

D. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, también siguiendo la política de descentralización de competencias efectuada a favor de los Estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, constitucionalizó la previsión legal, e igualmente asignó competencia exclusiva a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”¹¹ (art. 164,10).

En esta materia, sin embargo, la competencia exclusiva estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de “el régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26) y, en todo caso, la competencia exclusiva estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen que se establezca en la legislación nacional.

3. *Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local*

El artículo 178 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios, pero en la mayoría de los casos no son materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios es “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*”, es decir, los aspectos de esas materias que “*concernen a la vida local*”, pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas concurrentemente al Poder Nacional y al Poder Estatal.

⁸ Véase en G.O. N° 35.327 de 28-10-93.

⁹ Véase en G.O. N° 37.753 del 14-08-2003.

¹⁰ V. Carlos Ayala Corao, -Naturaleza y alcance de la descentralización estatal- en Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 99 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 122 y ss.

¹¹ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

Entre esas materias asignadas a los Municipios en el artículo 178 están, precisamente, las siguientes referidas a infraestructura: la ordenación territorial y urbanística (ord. 1); arquitectura civil, nomenclatura y ornato público; vialidad urbana (ord. 2); circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2); servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2). A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de “obras públicas municipales” dado que el artículo 156,20 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva sólo en materia de obras públicas *nacionales*.

4. *El contraste del régimen constitucional de intervención del Poder Nacional en materia de competencias concurrentes*

Aparte de las competencias exclusivas de los tres niveles territoriales del Poder Público, la gran mayoría de las materias referidas a las competencias que en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los mismos, en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios o entre la República y los Estados, quedando su precisión, en ausencia de una “enumeración” constitucional (como las relativas a la salud, educación, servicios sociales, ordenación del territorio, medio ambiente, promoción de la agricultura, ganadería, industria y comercio, defensa civil, promoción de la ciencia y la tecnología, deporte y servicios públicos)¹², a lo que disponga la ley nacional.

En todo caso, son estas materias de competencias concurrentes las que conforme al artículo 165 de la Constitución deben ser reguladas mediante *leyes de bases*¹³ dictadas por el Poder Nacional y, además por *leyes de desarrollo* que deben sancionar los Consejos Legislativos de los Estados.

Lo importante a destacar aquí es que estas *leyes de base* no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los Estados indicadas en el artículo 164, sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*. Además, esas leyes, en todo caso, conforme al artículo 206 de la Constitución, durante el proceso de su discusión, deben obligatoriamente someterse a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos.

III. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN 2007 PARA NACIONALIZAR LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL

La forma federal del Estado y la distribución territorial de competencias establecidas en los artículos 156 y 164 de la Constitución, a la cual nos hemos referido, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que, a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007. Con la misma expresamente se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,¹⁴ como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional¹⁵ y que la misma sancionó en noviembre de 2007, en relación con la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, por una parte, se buscaba terminar de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional, centralizándose las competencias que se atribuyen en la Constitución a los Estados, que se buscaban eliminar; y por la otra, se pretendía terminar de vaciar a los Estados y

¹² Ello, sin embargo, no se hizo. Por ello nuestro voto salvado al respecto. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre-30 noviembre de 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 193 y 194.

¹³ Cuya noción estaba en el proyecto de Constitución discutido en la Asamblea (art. 203), pero fue eliminado. Véase en general, Véase José Peña Solís, -Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases-, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, pp. 79-123.

¹⁴ El documento circuló en junio de 2007 con el título -Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, -Modificaciones propuestas-. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007.

¹⁵ Véase el documento Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, p. 19.

Municipios de las competencias que le quedan en la Constitución, mediante la obligación que se les imponía de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que en definitiva hubieran quedado como entequequias vacías.¹⁶

En cuanto a la centralización de competencias en el nivel nacional en particular se buscaba atribuir al Poder Nacional, en el artículo 156,27, es decir, se pretendió “nacionalizar” la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales, lo que hubiera implicado la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que como se ha visto, asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”¹⁷

Ahora bien, dicha reforma constitucional propuesta fue rechazada expresa y abrumadoramente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007, por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164,10 de la Constitución, quedó sin modificación. Sin embargo, en fraude a la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se encargó de efectuar dicha modificación, al usurpar ilegítimamente la voluntad popular, incluso contrariándola y pasó a mutar el contenido y sentido de la norma, vía interpretación, pretendiendo hacer lo que no se pudo lograr en la consulta popular. No sólo se trata de una modificación constitucional ilegítima e inconstitucional, sino hecha en fraude a la Constitución, es decir, del procedimiento de revisión de la misma, defraudando a la vez la voluntad popular.

IV. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN FORMULADA POR EL EJECUTIVO NACIONAL ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

En efecto, como se dijo, la Procuraduría General de la República, el 26 de julio de 2007, interpuso un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional de la norma contenida en el numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al tema de la “coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los Estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos.” El recurso se fundamentó en “la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia” que existía en el Ministerio de Infraestructura, el cual “sin invadir las competencias atribuidas a los Estados,” consideraba que el precepto mencionado “no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados de la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”¹⁸

En definitiva, la interpretación del artículo 164,10 de la Constitución se solicitó, dada “la ambigüedad que envuelve a la naturaleza de la relación de coordinación entre los estados y el Ejecutivo Nacional, respecto a las potestades de administración, conservación y aprovechamiento, genera numerosos inconvenientes de orden interpretativo en la diaria gestión del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”, con el objeto de que la Sala estableciera con claridad lo siguiente:

“1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional...”

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

¹⁸ La situación concreta que originó la consulta, según se narra en la sentencia, se refería -a la coordinación con el Estado Trujillo de la administración, conservación y aprovechamiento del Puerto La Ceiba, ubicado en el Municipio La Ceiba de dicho estado, cuya propiedad pertenece a la República y que en fecha 19 de noviembre de 1990, fue dado en concesión por el extinto Instituto Nacional de Puertos a la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., por un lapso de veinte años.- Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-071108.htm>

La solicitud de interpretación, por tanto, se hizo respetando la competencia exclusiva de los Estados, sin intención de invadirla, referida al alcance de la “coordinación” que corresponde al Ejecutivo nacional. El resultado, sin embargo, fue distinto, pues la Sala de oficio reformó la Constitución, y pura y simplemente, eliminó la competencia exclusiva de los Estados en la materia, y la convirtió en una competencia concurrente sujeta a la técnica puntual de “descentralización” que puede ser intervenida, revertida y reasumida por el Poder Nacional.

V. LA ARGUMENTACIÓN MALABARISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER LA SUPUESTA “CONFUSIÓN” CONSTITUCIONAL

Para efectuar esa ilegítima modificación de la Constitución, la Sala comenzó por afirmar que la redacción del artículo 164.10 constitucional resultaba “confusa, en lo relativo a la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas* competencias exclusivas de dichos entes político territoriales,” lo cual supuestamente generaba “una aparente antinomia que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales.”

Para resolver la confusión, la Sala Constitucional se refirió a “la competencia *normativa* del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución,” indicando que la interpretación del alcance y sentido de dicha norma, exigía un “análisis concatenado” con el artículo 156.26 de la Constitución, pues “la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional,” según el cual, “al Poder Público Nacional, le corresponde legislar” sobre dichas materias desde el momento que dicha norma “otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar *el régimen*”, cuya acepción es precisamente la de un “conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad.”

En cuanto al artículo 164.10 de la Constitución, la Sala estimó que la misma atribuye al Poder Público Estatal la competencia “*exclusiva*”, de “conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate.” De esta concurrencia de competencias que ostentan tanto el Poder Público Nacional como el Estatal, dedujo la Sala que, en la materia, el Poder nacional y los Estados tienen competencia “en diversos grados ... pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general” de las mismas, y a los Estados les compete “la conservación, administración y aprovechamiento” de dicha infraestructura.

En otras palabras, la Sala Constitucional estimó que conforme al artículo 156.26 de la Constitución, compete al legislador nacional no solo “definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura” sino, en consecuencia, *regular* “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”

Ello sin embargo, es contrario a la Constitución, pues en la materia de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, el artículo 164.10 no estableció una materia de “competencia concurrente” sino de competencia *exclusiva* de los Estados, por lo que en la materia, es falso que haya una “asignación de la *legislación básica* al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la *legislación de desarrollo* de ésta al nivel estatal”, que sólo existe, constitucionalmente, en materias de competencia *concurrente* y no en los casos de competencias exclusivas.

La Sala, en efecto, erradamente dijo:

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

Es decir, la Sala Constitucional desconoció el carácter de competencia exclusiva de los Estados en esta materia, y la trastocó, contrario a la Constitución, en competencia concurrente, reconociéndole entonces al Poder nacional poderes que no tiene en la Constitución como fijar los “principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares;” y todo ello, porque el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así

como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”. De ello, concluyó la Sala que las normas constitucionales supuestamente permiten “que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional,” lo cual no tiene asidero constitucional alguno.

De lo anterior, la Sala volvió a referirse, en su sentencia, a la existencia de una “aparente contradicción” entre “la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas competencias exclusivas* de dichos entes político territoriales,” y para resolverla, se refirió a “los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público” de 1989. Sin embargo, la Sala pasó por alto que en la materia, la norma del artículo 11,3 de la mencionada Ley Orgánica de Descentralización que se refería a la “transferencia” a los Estados de la competencia exclusiva en la “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios”, había quedado tácitamente derogada con la previsión de la Constitución de 1999 (art. 164,10); y más bien se refirió a la reforma parcial de dicha Ley de 2003, que reprodujo las disposiciones de la de 1989 sin que el Legislador hubiera tenido el cuidado de adaptarla a la nueva Constitución, particularmente en cuanto al cambio de naturaleza de la competencia, que en lugar de ser concurrente pasó a ser exclusiva de los Estados.

En tal sentido la Sala expresó erradamente, como si la Constitución de 1999 nada hubiera cambiado y la Ley de Descentralización de 1989 reformada en 2003 hubiera seguido íntegramente en vigencia, que:

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

De estas normas de la Ley Orgánica, la Sala pasó a argumentar sobre las competencias exclusivas de los Estados sobre las “vías terrestres estatales” (artículo 164,9) y trastocó el sentido de la norma constitucional del artículo 164,10 al indicar que lo que regulaba era “la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, *conjuntamente con el Ejecutivo Nacional* (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión)”, lo que no está establecido en la Constitución. Una cosa es una competencia exclusiva de los Estados que deben ejercer en coordinación con el Ejecutivo Nacional, y otra cosa en el ejercicio conjunto de competencias entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, lo que no está regulado en la Constitución.

De esta falsedad, la Sala pasó a referirse a otro tema relativo al origen de las inversiones y a la naturaleza de los bienes de la infraestructura vial resultante de las mismas, señalando que en materia de construcción de “puentes y vías terrestres estatales” los mismos son de competencia exclusiva y originaria de los Estados no sólo en virtud de su carácter regional, sino fundamentalmente debido a su origen demanial; y que en cuanto a las “carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales)”, resultado de la “ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional”, la Sala los consideró como “bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional.” Hasta aquí la Sala Constitucional no hizo otra cosa que parafrasear, en algunos casos erradamente, la Constitución, pero para llegar a una conclusión falsa: que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es obvio, “en caso de haber sido transferidos a los Estados *pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.*”

Simplemente, para argumentar en esta forma, la Sala Constitucional se olvidó que fue la propia Constitución de 1999 la que declaró como competencia *exclusiva* de los Estados, la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial,” independientemente y sin desconocer que se trate de bienes nacionales; y ninguna importancia tiene el que se pueda calificar como servicio público la gestión de esas competencias, en los términos de los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, del artículo 22 de la Ley General de

Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, y de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil. La verdad es que esas citas legales son inocuas y en nada influye el que se trate de actividades de servicio público a los efectos de la competencia exclusiva de los Estados.

Y de esta referencia a los servicios públicos, de la nada, la Sala concluyó afirmando, lapidariamente, que:

“cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen *exclusividad* sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo *sub examine*-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales *pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias*, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República.”

Es decir, la Sala se olvidó que no fue la Ley de Descentralización de 1989 ni su reforma de 2003 la que “descentralizó” en los Estados la competencia mencionada, sino que fue la propia Constitución de 1999, directamente, la que constitucionalizó la transferencia de competencia que se había efectuado en 1989, calificándola ahora como “competencia exclusiva” de los Estados. Como tal, la misma ni es una competencia de ejercicio “conjunto” con órganos del Poder Nacional, ni estos pueden “reasumirla” en forma alguna; y el hecho de que los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes sean “nacionales”, en tanto bienes públicos, no autoriza en forma alguna como lo afirmó la Sala, que “Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la *intervención* en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.”

Después de estas afirmaciones sin asidero constitucional, la Sala Constitucional pasó a analizar teóricamente el tema de la distribución territorial de competencias en la Constitución en el sentido de que no puede ser interpretada en el sentido de postular “una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias,” la cual consideró incompatible con el sistema federal venezolano el cual consideró, citando una anterior sentencia de la Sala N° 2.495/06, que seguía el “modelo de federación descentralizado cooperativo.”¹⁹

En este contexto, la Sala pasó entonces a analizar el sentido de voz “*coordinación*” en el artículo 164.10 de la Constitución, considerando que “implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público.”

Después de este argumento, que nada agrega, la Sala Constitucional pasó inmediatamente a “mutar” o modificar la Constitución en la materia de la competencia exclusiva de los Estados en la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial”, distinguiendo las situaciones que pudieron haber resultado de la ejecución de la Ley de Descentralización de 1998, y que en todo caso no era procedente hacer, pues la Constitución de 1999 derogó en la materia, la norma de aquella Ley.

En efecto, la Sala pasó a hacer una distinción inexistente después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre: (i) que la “competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados;” (ii) que la ejerzan “parcialmente” o, (iii) que “a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.”

Esta distinción no es posible hacerla después de que la Constitución de 1999 entró en vigencia, en la cual se asignó a los Estados competencia exclusiva en la materia, independientemente de que algunos no la hubieran asumido.

Por tanto, en cuanto a la primera hipótesis, es falso que después de 1999, la misma pudiera existir, y menos que conforme lo decidió la Sala Constitucional, en caso de que no se hubiese producido conforme a la Ley de Descentralización de 1989 y durante la vigencia de la Constitución de 1961 “la correspondiente transferencia”, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, corresponda entonces a la República continuar:

¹⁹ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs. Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

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

Esto no es más que una burda e ilegítima modificación del artículo 164,10 de la Constitución de 1999 que, al contrario, sin distinguir alguno atribuye esa materia a la competencia “exclusiva” de los Estados, sin perjuicio de que en la ejecución de la misma deba haber una coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Es también igualmente falsa la segunda hipótesis que distinguió la Sala, referida a los casos en los cuales los Estados hubieran asumido conforme a la Ley de Descentralización de 1989, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, y que en la misma pudiera suceder que conforme a supuestos “convenios interadministrativos”, “la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables.” Ello simplemente sería violatorio de la Constitución.

En cuanto a la tercera hipótesis, cuando se hubiera producido la transferencia a los Estados de las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, es falso que en caso de que “la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una *intervención* directa del Poder Público Nacional; y menos que “la Administración disponga de un *poder general implícito* o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.”

No sólo ello es contrario a la garantía de la reserva legal, sino que no está regulado en la Constitución, y además, fue el artículo 164 de la misma y no la ley de 1989 el que definió la distribución de competencias, no disponiendo nada sobre la supuesta prestación deficiente del servicio y la potestad del Poder Nacional de “intervenir” el servicio, lo cual, por lo demás, no hay forma cómo la Sala pueda convertirlo en algún “poder implícito” de la República para desconocer el principio de legalidad que exige que las competencias estén consagrada en norma expresa.

Y menos puede argumentar la Sala que en estos casos, pudiera el Ejecutivo Nacional, supuestamente tener “facultad de ejercer la *reversión* de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico”, ya que la tal “transferencia” si se produjo fue por la Constitución de 1999 y no por alguna Ley o convenio.

VI. LA ILEGÍTIMA “MUTACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Después de todos los argumentos y malabarismos interpretativos realizados por la Sala Constitucional, antes analizados, la misma pasó a modificar el artículo 164,10 de la Constitución que atribuye a los Estados *competencia exclusiva* en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional,” y en su lugar dispuso como interpretación vinculante de dicha norma, que la misma no dice lo que dice, sino que lo que dice lo contrario:

a.- Que *no se trata de una competencia exclusiva*, sino de una *competencia concurrente* sobre la cual el legislador nacional debe “establecer mediante *leyes de base* reguladoras ... de las *competencias concurrentes*, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí.”

b.- Que los Estados *no tienen la competencia exclusiva que la Constitución les asigna*, sino que lo que pueden es “ejercer *conforme a la legislación base* y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, *previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial*.”

c.- Que, por tanto, la Constitución no ha dispuesto distribución de competencias alguna en esta materia a favor de los Estados, sino que estos pueden sólo ser destinatarios “de una descentralización territorial” en la materia. Por ello, la Sala fue terminante en afirmar que “Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias.”

d.- Que los Estados no tienen la competencia exclusiva que les asigna la Constitución, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales), que son bienes y servicios nacionales; y que sólo en caso de sean “transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también

revertidos, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.” Sin embargo, de acuerdo con la Sala Constitucional, en estos casos, “se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda *asumir directamente* la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad.”

En estos casos, sin base constitucional o legal alguna, la Sala Constitucional dispuso que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución.”

Después de una ilegítima “modificación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante interpretación vinculante, que trastocó el orden jurídico o, como lo dijo la propia Sala, la misma “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por supuesto, después de lo que hizo, la Sala Constitucional no pudo concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión²⁰, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.” Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por la propia Sala.

De nuevo, con esta sentencia, la Sala Constitucional de Venezuela pone en evidencia el peligro que representa para el Estado constitucional de derecho y para la legitimidad de la justicia constitucional, que el órgano encargado de ejercerla sea un órgano sometido al Poder, instrumento del autoritarismo. Los ciudadanos, el pueblo, en casos como este, quedan inermes, pues se les modifica su Constitución sin su participación, y sin seguirse el procedimiento prescrito en la misma, y no tienen vías para exigir el control de los actos ilegítimos contrarios a ella. La verdad es que no les queda otra vía que su desconocimiento conforme al artículo 350 constitucional. El guardián de la Constitución, convertido en instrumento del autoritarismo, simplemente no es controlable en su poder omnímodo, ya que sus sentencias son irrevisables. Por ello, de nuevo, en esta materia, la pregunta de siempre *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, queda sin respuesta.²¹

²⁰ De ello resulta según la sentencia: -la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.-

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación-, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

19. DE CÓMO LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA, NO SÓLO LEGISLA DE OFICIO, SINO SUBREPTICIAMENTE MODIFICA LAS REFORMAS LEGALES QUE “SANCIONA”, A ESPALDAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO: EL CASO DE LA ACLARATORIA DE LA SENTENCIA DE REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE 2007

Revista de Derecho Público, N° 114, abril-junio 2008,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 267-276

Resumen: *Se trata de un análisis de la forma cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “modificó” su sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, de aclaratoria de la sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007, en la cual, a su vez, se aclaró el sentido de la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, mediante la cual la Sala Constitucional reformó, de oficio, el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.*

I. LA “REFORMA” DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, SUS VICIOS Y CARENCIAS, Y LA ACLARATORIA SOBRE EL EJERCICIO FISCAL A PARTIR DEL CUAL DEBÍA APLICARSE (2007)

El 27 de febrero de 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó sentencia N° 301¹ (Caso *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), y luego de declarar *inadmisible* una acción popular de inconstitucionalidad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas, Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, de oficio pasó a “reformular” el artículo 31 de dicha Ley, que no había sido impugnado, y ni siquiera había sido mencionado en el juicio.²

El artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta sancionada por la Asamblea Nacional, tenía el siguiente texto:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obviaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.

También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta ley”.

En su sentencia, la Sala Constitucional modificó la preposición de dicha norma, disponiendo que en consecuencia la misma quedaba con el siguiente nuevo texto o texto reformado:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

¹ Expediente N° 01-2862. Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.635 de fecha 01-03-2007.

² Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional como legislador positivo de oficio en materia tributaria. La legitimación activa en la acción popular y la impugnación de leyes derogadas-, en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 565 ss.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial.” (Subrayados de la nueva redacción)”.

Sobre esta sentencia dijimos, al comentarla en 2007, que con la misma la Sala había procedido

“a legislar en la oscuridad del Palacio de Justicia, sólo tenuemente iluminado por el bello vitral que en él se exhibe, sin que nadie se enterara, en sigilo, a espaldas de las partes del proceso, de la colectividad de contribuyentes en general, y de toda otra persona que hubiera podido tener interés y que la Sala estaba obligada a convocar.

Los vicios en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, constituyen la negación de las bases del Estado democrático de derecho, atentando en forma inexcusable contra la majestad y prestigio de dicho Tribunal y de la Jurisdicción Constitucional que, al contrario, debería ser la garantía última de aquél.”³

Dentro del cúmulo de vicios y errores que contenía la sentencia, uno que resultaba de bulto era que al tratarse de una inconstitucional “reforma” de la Ley que en usurpación de funciones hacía el juez constitucional, nada sin embargo indicaba en la misma sobre la entrada en vigencia de la reforma, es decir, si se aplicaba al ejercicio fiscal de 2006 o de 2007.

Esta carencia de la irregular “reforma” legal, motivó que los representantes tanto de la Procuraduría General de la República como del servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), solicitaran aclaratoria de la sentencia en relación a sus efectos en el tiempo, y como resultado, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007, aclaró “en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración tributaria”, que la reforma legal efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación”, siendo sólo aplicable, “a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada.” Dejó claramente sentado la Sala, entonces, que los efectos de la reforma legal que había “sancionado” no se aplicaban al ejercicio fiscal de 2006, sino al ejercicio fiscal siguientes, es decir, el de 2007.

Las dudas originadas por tan irregular reforma legal, tanto en los contribuyentes y en la propia Administración tributaria, motivó que con posterioridad a la sentencia y su aclaratoria persistieron, otros contribuyentes distintos a quienes habían sido parte en el proceso judicial, en los primeros meses de 2008 procedieran a solicitar nuevas aclaratorias, precisamente “respecto del ejercicio fiscal a partir del cual debe aplicarse el contenido de la referida sentencia”, informándose que el “SENIAT en su portal fiscal había informado durante el año 2007 y comienzos del 2008 que debería incluirse todo lo devengado por el contribuyente (ingresos fijos + ingresos accidentales o eventuales), para la declaración del Ejercicio Fiscal año 2007, y todos los contribuyentes declararon y pagaron como estipulo el SENIAT”. En definitiva, se solicitó a la Sala que aclarase “cuándo, en realidad, se aplica dicha reforma, 2007 o 2008.”

La Sala Constitucional dictó sentencia N° 980-08 en fecha 17 de junio de 2008⁴, “aclarando” nuevamente la sentencia de 27 de febrero de 2007, para ello, sin embargo, tuvo que previamente dilucidar el tema de la legitimación activa para la formulación de solicitudes de aclaratoria de sentencias, ya que las mismas de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 del Código de procedimiento Civil, sólo pueden formularla las partes en el juicio respectivo.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LAS SOLICITUDES DE ACLARATORIAS DE SENTENCIAS CON EFECTOS *ERGA OMNES*

En efecto, habiéndose solicitado diversas aclaratorias por contribuyentes que no fueron parte en el juicio en el cual se dictó la sentencia “reformatoria”, la Sala, en su sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, se refirió a este tema, recordando que, en muchos fallos precedentes, había resuelto que dicha norma se debía aplicar en sentido estricto sólo en aquellos juicios “en los que no existe una simple controversia entre partes perfectamente identificadas.” En consecuencia, en los juicios en los cuales las sentencias dictadas tienen efectos *erga omnes*, la Sala consideró que la norma no tenía aplicación.

³ *Idem*, pp. 591-592.

⁴ Exp. N° 01-2862.

En primer lugar, se refirió la Sala a los juicios por derechos e intereses colectivos y difusos, en los cuales a pesar de que en ellos sí existe controversia, la Sala ha considerado que los alcances generales del fallo dictado en esos procesos inciden sobre situaciones jurídicas de sujetos que no participaron en modo alguno en el trámite que le dio origen. Citó así, la Sala, su sentencia N° 961 del 24 de mayo de 2002 (caso: *Créditos Mejicanos*) en la cual consideró que por cuanto en ese tipo de procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, “las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso”, el artículo 252 del Código no se aplica “ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea,” agregando que:

“Se trata de una peculiaridad de esta clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).”

En segundo lugar, la sala también se refirió a las sentencias logradas con ocasión de acciones de interpretación constitucional, respecto de las cuales citando su sentencia N° 1278/2005 (caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*), consideró que en esos procesos no puede “limitarse las peticiones de aclaratoria y ampliación de fallos interpretativos al breve lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” considerando que dicho artículo “no aplica al recurso de interpretación.”

En tercer lugar, la sala se refirió también al caso de las acciones de anulación de normas, al estimar que en estos supuestos “la controversia tiene alcance general y, en consecuencia, la decisión (sea de desestimación de la demanda, de anulación del dispositivo o, como en el caso de autos, de interpretación constitucionalizante de la norma) tiene alcance *erga omnes*” (Caso Sc N° 1984/2007, caso: *FOGADE*).

III. LA RATIFICACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA “REFORMA” LEGAL QUE “SANCIONÓ” EN 2007, PARA EL EJERCICIO FISCAL 2007

Resuelto el tema de la legitimación activa para admitir una de las aclaratorias solicitadas, la formulada por una persona natural que se declaró “contribuyente”, la Sala Constitucional hizo mención expresa en la sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, a su sentencia aclaratoria anterior N° 390 del 9 de marzo de 2007, en la cual dispuso que en la sentencia inicial de N° 301 de 27 de Febrero de 2007, se señaló expresamente que la misma:

“no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente”.

El ejercicio fiscal siguiente al de 2006, sin duda era el de 2007. No hay forma temporal para que pueda pensarse que el ejercicio fiscal siguiente al de 2006 es el de 2008 u otro distinto al de 2007. Sin embargo, a pesar de esta precisión, la Sala Constitucional en su sentencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, reconoció que “aún existen dudas respecto al período fiscal al cual se debía aplicar dicha decisión si al 2007 o al 2008, ello dada la fecha en la cual se publicó el citado fallo, y a las informaciones aportadas por el Servicio de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT)”, concluyendo con el siguiente dispositivo:

“Pues bien, la aclaratoria dictada el 9 de marzo de 2007, dispuso que tal decisión “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, **a partir del ejercicio fiscal siguiente**”, es decir, al año 2007, ello en virtud de que para la fecha en que se dictó la sentencia y su aclaratoria –año 2007-, ya se había iniciado el proceso de declaración definitiva del impuesto sobre la renta correspondiente al año 2006, el cual culminó el 31 de enero de 2007. *Por tanto, la declaración del impuesto sobre la renta se efectuaría conforme lo estipula la sentencia N° 301, a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2007, cuya declaración anual definitiva se efectuó hasta el 31 de marzo de 2008.*” (negritas en el original) (cursivas añadido)

Por ello, en la parte dispositiva del fallo, se resolvió expresamente:

“SEGUNDO: ADMITE la solicitud de aclaratoria presentada por el abogado Obdulio J. Camacho y ACLARA que la interpretación constitucional efectuada en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, se aplica a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2007, cuya declaración definitiva se efectuó hasta el 31 de marzo de 2008.” (cursiva agregada)

La Sala, por otra parte, procedió a considerar que “visto el efecto general ocasionado por la interpretación formulada por esta Sala Constitucional, así como las confusiones generadas incluso en el órgano encargado de la recaudación (SENIAT) se estima necesario aclarar también lo siguiente, partiendo de que en las consideraciones efectuadas en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, la Sala expuso lo que sigue:

“En consideración al criterio esbozado, la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones -si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos”.

En vista de ese contenido del fallo del 27 febrero de 2007, la Sala entonces en su sentencia aclaratoria N° 980-08 de 17 de junio de 2008 decidió en cuanto a las remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes, lo siguiente:

“Estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se señala que “*cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó*”. Esa norma precisa que la regularidad y permanencia debe evaluarse en un período específico de tiempo: MENSUAL. Así pues, son regulares y permanentes las remuneraciones que recibe el trabajador con regularidad mensual.”

III. LA MODIFICACIÓN SUBREPTICIA DE LA SENTENCIA ACLARATORIA N° 980-08 DE 17 DE JUNIO DE 2008, DISPONIÉNDOSE, SIN QUE SE SEPA POR QUIEN, QUE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE “REFORMA” LEGAL DE 2007, EN LUGAR COMENZAR A APLICARSE A PARTIR DEL EJERCICIO FISCAL 2007, SE APLICARÁN A PARTIR DEL EJERCICIO FISCAL 2008

La sentencia N° 980-08 antes mencionada de la Sala Constitucional de fecha 17 de junio de 2008, de nueva aclaratoria a la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, fue publicada en el portal <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/980-170608-01-2862.htm> del Tribunal Supremo de Justicia.

Una semana después, el 25 de junio de 2008, el diario *El Universal* de Caracas, publicó una reseña con el título “SENIAT objeta sentencia divulgada por el TSJ”⁵, en la cual se dio cuenta que el Director de esa Superintendencia había indicado a través de un “Comunicado”, que eran “falsas las informaciones que señalan que, según reciente decisión del Tribunal Supremo de Justicia, la declaración del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal 2007 debió calcularse sobre el salario normal y no a partir de todos los ingresos percibidos en ese lapso,” precisando que “la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que modifica los ingresos a ser considerados en la declaración y pago del ISLR fue emitida en febrero de 2007, por lo cual la normativa vigente establece que comienza a regir el primer día del año fiscal 2008.”

Para fundamentar la “falsedad” alegada, el Comunicado del SENIAT indicó que “la supuesta ponencia del magistrado Francisco Carrasquero del pasado 17 de junio no ha sido publicada por el TSJ, por cuanto carece de toda veracidad lo difundido a través de un diario de circulación nacional,” agregando lo siguiente:

“Esta decisión no ha sido publicada en *Gaceta Oficial*, por cuanto no puede hacerse de conocimiento público ni considerarse sentencia firme. El proyecto no ha sido publicado por el TSJ, por lo que no es veraz la información publicada por el diario *El Universal* sobre la declaración estimada de los ingresos para el pago del Impuesto sobre la Renta (ISLR) del ejercicio fiscal del año 2007”, recalcó.

“Esta información se coló de manera malintencionada, lo que podría generar una matriz de opinión contraria y confusa entre los contribuyentes, advirtió.”

El resultado de este Comunicado del SENIAT, como lo informó el mismo diario *El Universal*, en la reseña del 25 de junio de 2008, fue que a pesar de que la decisión mencionada de la Sala Constitucional del 17 de junio de 2008 sí había sido publicada en la página web del propio TSJ, el día de “ayer [24-06-08], tras la aclaratoria del SENIAT, ya no se encontraba en el sitio en Internet del máximo tribunal. No obstante, en la tarde de ayer sí seguía disponible en el site del TSJ, específicamente en el aparte sobre la

⁵ http://www.eluniversal.com/2008/06/25/eco_ava_seniat-objeta-senten_25A1723679.shtml

cuenta de la Sala Constitucional, la referencia a la sentencia.” Se decía, además, que el SENIAT hacía “esfuerzos con el máximo tribunal del país para expresar lo más claramente posible los ingresos que serán calculados para la declaración de rentas correspondiente al ejercicio fiscal 2008, a ser cancelado hasta el 31 de marzo de 2009”.

El lamentable resultado de ese “esfuerzo” del Poder Ejecutivo fue que el texto de la sentencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, después publicado y luego retirado del portal del Tribunal Supremo, fue alterado, cambiándose por otro texto y, además, cambiándose incluso el sentido de la anterior sentencia de 27 de febrero de 2007, a la cual se refirió la aclaratoria de 9 de marzo de 2007, que se cita en la nueva sentencia.

En efecto, el párrafo antes transcrito de la sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008 en el cual se precisa que “*el ejercicio fiscal siguiente*” a partir del cual se aplica la sentencia de 27 de febrero de 2007, *es el año 2007*, fue cambiado en el nuevo texto de la sentencia que aparece en el mismo portal del Tribunal Supremo, indicándose ahora que “*el ejercicio fiscal siguiente*” a partir del cual se aplica la sentencia de 27 de febrero de 2007, es “*el año 2008*”. El párrafo reza ahora así:

“Pues bien, la aclaratoria dictada el 9 de marzo de 2007, dispuso que tal decisión “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, *a partir del ejercicio fiscal siguiente*”, es decir, *al año 2008*, ello en virtud de que para la fecha en que se dictó la sentencia y su aclaratoria ya se había iniciado el período fiscal correspondiente al año 2007. Por tanto, la declaración del impuesto sobre la renta se efectuará conforme lo estipula la sentencia N° 301, *a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva deberá efectuarse antes del 31 de marzo de 2009. Por otra parte, habiéndose ya realizado la declaración del impuesto correspondiente al año 2007, los efectos del fallo 301/2007 y de la presente aclaratoria tienen que ser, necesariamente, “ex nunc”* (es decir, hacia el futuro).” (negrita en el original) (en cursiva lo que fue alterado en la nueva publicación de la sentencia)

La consecuencia de esta alteración fue, también, la alteración efectuada en la sentencia, en la parte dispositiva, así:

“SEGUNDO: ADMITE la solicitud de aclaratoria presentada por el abogado Obdulio J. Camacho y ACLARA que la interpretación constitucional efectuada en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, se aplica a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración definitiva se efectuará hasta el 31 de marzo de 2009.” (cursivas agregadas)

Con esta insólita “alteración” de la sentencia aclaratoria N° 980-08 del 17 de junio de 2008, la Sala Constitucional no sólo modificó de nuevo, de oficio, subrepticia e impunemente su sentencia original de esa misma fecha, sino que, por esa vía, incluso, modificó lo que decidió en la sentencia aclaratoria del 9 de marzo de 2007, respecto de lo resuelto en la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007.

Pero las alteraciones a la sentencia no se quedaron allí, sino que se refirieron al tema decidido en el fallo del 27 febrero de 2007, de manera que la Sala también cambió el párrafo de la sentencia sobre la materia de remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes, por el siguiente:

“Estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se señala que “*A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre sí mismo*”. (En cursiva los cambios efectuados).

La consecuencia de esta nueva decisión fue la “eliminación” del texto de la sentencia original, del dispositivo TERCERO que decía:

“TERCERO: Se ACLARA que a los efectos del artículo 31 de la Ley de Impuestos sobre la Renta, “son regulares y permanentes las remuneraciones por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, las que se ocasionan con regularidad mensual” (subrayado en el original).

Uno de los principios más fundamentales del procedimiento judicial es el establecido en el mismo artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que regula las aclaratorias de sentencias, en el cual se expresa terminantemente que “después de pronunciada la sentencia definitiva ... no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.”

Lamentablemente, en este caso, no sólo el Tribunal Supremo de Justicia, una semana después de dictada, reformó el texto de la sentencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, sino que ello lo hizo subrepticamente, sin dictar nueva sentencia, mediante una simple “corrección” del texto que fue publicado en la página web del Tribunal.

Además, en esta reforma de la sentencia se modificó lo establecido en otra sentencia anterior de 2007 en la cual el propio Tribunal Supremo de Justicia había “reformado” la Ley de Impuesto sobre la Renta. Por ello, en definitiva, la subrepticia reforma de la sentencia en junio de 2008 también violó el artículo 218 de la Constitución que exige expresamente que “las leyes se derogan por otras leyes,” que, en este irregular caso, sólo podría ser por otra sentencia del juez constitucional, lo que por supuesto era imposible por prohibirlo el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. ¡¡Era más fácil proceder a modificar el texto de la sentencia en la página web, y en lugar del original poner otro !!

20. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Revista de Derecho Público, N° 116, julio-sept. 2008,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 249-260

Resumen: *Este estudio está destinado a analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008, mediante la cual la Sala, a petición de la Procuraduría General de la República, declaró como inejecutable una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mismo año, en la cual se condenó al Estado venezolano por violación de las garantías judiciales de unos magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quienes en 2003 habían sido destituidos de sus cargos por el solo hecho de haber acordado una medida cautelar en un juicio de nulidad y amparo iniciado por la Federación Médica Venezolana, suspendiendo los efectos de unos actos administrativos mediante los cuales el Estado había contratado médicos cubanos para ejercer la profesión médica en el país sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Ejercicio de la Medicina.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008, que se identifica como *Caso Gustavo Álvarez Arias y otros*, cuando en realidad es el *Caso Estado venezolano vs. La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pues la sentencia se dictó en juicio iniciado por la Procuraduría General de la República que es órgano dependiente del Ejecutivo Nacional, declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008,¹ dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo" vs. Venezuela)*). En dicha sentencia, la Corte Interamericana en demanda contra el Estado formulada por la Comisión Interamericana de derechos Humanos a petición de dichos ex magistrados la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decidió que el Estado Venezolano les había violado las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana al haberlos destituido de sus cargos, condenando al Estado a pagar las compensaciones prescritas, a reincorporarlos en sus cargos o en cargos similares, y a publicar el fallo en la prensa venezolana.¹

Esta decisión, propia de un régimen autoritario, puede decirse que es la culminación de un proceso jurisprudencial desarrollado por el Juez Constitucional en Venezuela, que comenzó con el desconocimiento del rango supra constitucional de los tratados internacionales que establece el artículo 23 de la Constitución, y que ha culminado con desconocimiento de las decisiones de un tribunal internacional, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Venezuela en 1977, país que también reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana en 1981.

I. LA JERARQUÍA SUPRA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU DESCONOCIMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Siguiendo una tendencia universal contemporánea, que ha permitido a los tribunales constitucionales la aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para su protección, ampliando progresivamente el elenco de los mismos, en el propio texto de las Constituciones se ha venido progresivamente reconociendo en forma expresa el rango normativo de los referidos tratados, de

¹ Ver página www.corteidh.or.cr. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182.

manera que en la actualidad pueden distinguirse cuatro rangos diversos reconocidos en el derecho interno, rango supra constitucional, rango constitucional, rango supra legal o rango legal.²

En el caso de la Constitución venezolana se ha considerado que el rango otorgado a dichos tratados en materia de derechos humanos ha sido el rango *supra constitucional*, es decir, un rango superior respecto de las propias normas constitucionales, los cuales deben prevalecer sobre las mismas en caso de regulaciones más favorables a su ejercicio.

En efecto, como es sabido, el artículo 23 de la Constitución de 1999 dispone lo siguiente:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Este artículo de la Constitución, sin duda, es uno de los más importantes en materia de derechos humanos³, ya que, además, establece la aplicación inmediata y directa de dichos tratados por los tribunales y demás autoridades del país. Su inclusión en la Constitución, sin duda, fue un avance significativo en la construcción del esquema de protección de los derechos humanos, que se aplicó por los tribunales declarando la prevalencia de las normas de Convención Americana de Derechos Humanos en relación con normas constitucionales y legales, antes de que la Sala Constitucional comenzara a dictar decisión restrictiva.

Fue el caso, por ejemplo, del derecho a la revisión judicial de sentencias, a la apelación o derecho a la segunda instancia que en materia contencioso administrativa se excluía en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976,⁴ respecto de la impugnación de actos administrativos emanados de institutos autónomos o Administraciones independientes'. En esos casos se establecía una competencia de única instancia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin apelación ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema. La Constitución de 1999 solo reguló como derecho constitucional el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la persona declarada culpable (art. 40,1); por lo que en el mencionado caso de juicios contencioso administrativos, no existía una garantía constitucional expresa a la apelación, habiendo sido siempre declarada inadmisibile la apelación contra las decisiones de única instancia de la Corte Primera de lo Contencioso.

Sin embargo, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, al ejercerse recursos de apelación contra decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, alegándose la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Orgánica que limitaba el derecho de apelación en ciertos casos, la Corte Primera, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, comenzó a admitir la apelación basándose en que el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior se establece en el artículo 8,2,h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró como formando parte del derecho constitucional interno del país. El tema finalmente también llegó a decisión por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual en 2000 resolvió reconocer y declarar con fundamento en la disposición prevista en el artículo 23 de la Constitución:

² En relación con esta clasificación general, véase: Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; y Carlos Ayala Corao, -La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos-, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional*, Vol. II, Caracas 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Humberto Henderson, -Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine-, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp.62 y ss.

³ La incorporación de este artículo en el texto de la Constitución se hizo a propuesta nuestra. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 88 y ss y 111 y ss.

⁴ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1978.

“que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”⁵.

Sin embargo, desafortunadamente, la clara disposición constitucional del artículo 23, tres años después, fue interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una forma abiertamente contraria a este precedente, al texto de la norma y a lo que fue la intención del constituyente. En efecto, en la sentencia N° 1.492 del 7 de julio de 2003,⁶ al decidir una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra varias normas del Código Penal contentivas de normas llamadas “leyes de desacato” por violación de la libertad de expresión y, en particular, de lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales, la Sala Constitucional de dicho Tribunal Supremo, resolvió que siendo la misma el máximo y último intérprete de la Constitución, “al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional... a la efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional [la] que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.” En esta forma, la Sala Constitucional concluyó su decisión señalando que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela,” limitando así el poder general de los jueces al ejercer el control difuso de la constitucionalidad, de poder aplicar directamente y dar prevalencia en el orden interno a las normas de la Convención Americana.

Finalmente, en la sentencia mencionada al inicio N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*) la Sala Constitucional al declarar inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*), ha resuelto definitivamente que

“el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”

A los efectos de fundamentar su decisión, y rechazar la existencia de valores superiores no moldeables por el proyecto político autoritario, la Sala aclaró los siguientes conceptos:

⁵ Sentencia N° 87 del 13 de marzo de 2000, Caso *C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157. La Sala Constitucional incluso resolvió el caso estableciendo una interpretación obligatoria, que exigía la re-redacción de la Ley Orgánica, disponiendo lo siguiente: -En consecuencia, visto que el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente: -Contra las decisiones que dictó dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1 al 4 de este artículo no se oírá recurso alguno-; visto que la citada disposición es incompatible con las contenidas en el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales están provistas de jerarquía constitucional y son de aplicación preferente; visto que el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República establece lo siguiente: -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-, ésta Sala acuerda dejar sin aplicación la disposición transcrita, contenida en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica en referencia, debiendo aplicarse en su lugar, en el caso de la sentencia que se pronuncie, de ser el caso, sobre el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la parte actora ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (expediente N° 99-22167), la disposición prevista en el último aparte, segundo párrafo, del artículo 185 *eiusdem*, y la cual es del tenor siguiente: ‘Contra las sentencias definitivas que dicte el mismo Tribunal ... podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, ante la Corte Suprema de Justicia (rectius: Tribunal Supremo de Justicia)’. Así se decide.- *Idem* p. 158.

⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

“Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”. En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció que, en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares...”⁷

En esta forma, la Sala Constitucional en el Venezuela ha dispuesto una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución al eliminar el carácter supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos en los cuales contenga previsiones más favorables al goce y ejercicio de derechos humanos respecto de las que están previstas en la propia Constitución.

Debe advertirse que esa fue una de las propuestas de reforma que se formularon por el “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República,⁸ en su informe de junio de 2007,⁹ en el cual en relación con el artículo 23 de la Constitución, se buscaba eliminaba totalmente la jerarquía constitucional de las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos y su prevalencia sobre el orden interno, formulándose la norma sólo en el sentido de que: “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, mientras se mantenga vigentes, forma parte del orden interno, y son de aplicación inmediata y directa por los órganos del Poder Público”.

Esa propuesta de reforma constitucional que afortunadamente no llegó a cristalizar, era un duro golpe al principio de la progresividad en la protección de los derechos que se recoge en el artículo 19 de la Constitución, que no permite regresiones en la protección de los mismos.¹⁰ Sin embargo, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.¹¹

II. LA OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DECLARATORIA DE SU “INEJECUTABILIDAD” POR RÉGIMENES AUTORITARIOS

Pero además del desconocimiento del rango supra constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional en la sentencia indicada ha desconocido las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarándolas inejecutables, contrariando el régimen internacional de los tratados. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos una vez que los Estados

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

⁸ Véase Decreto N° 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* N° 38.607 de 18-01-2007.

⁹ El documento circuló en junio de 2007 con el título Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, -Modificaciones propuestas-. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007, 146 pp.

¹⁰ Véase esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 122 y ss.

¹¹ Véase entre otros aspectos, los contenidos en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas 2007.

Partes han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 68.1 de la Convención, los mismos “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión del Caso *Castillo Petruzzi*, sobre “Cumplimiento de sentencia” del 7 de noviembre de 1999 (Serie C, núm. 59), “Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado,” (par. 3) agregando “Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.” (par. 4).¹²

No han faltado Estados, sin embargo, que se hayan rebelado contra las decisiones de la Corte Interamericana y hayan pretendido eludir su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas. Esa sentencia de la Corte Interamericana es prueba de ello, dictada precisamente con motivo de la ejecución de la sentencia del Caso *Castillo Petruzzi* del 30 de mayo de 1999 (Serie C, núm. 52), en la cual la Corte Interamericana declaró que el Estado peruano había violado los artículos 20; 7.5; 9; 8.1; 8.2.b,c,d y f; 8.2.h; 8.5; 25; 7.6; 5; 1.1 y 2, declarando además “la invalidez, por ser incompatible con la Convención, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi” y otros, ordenando “que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal,” y además, “al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.”¹³

En relación con esa decisión de la Corte Interamericana, según informa la sentencia que comentamos N° 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en la cual también se declaró inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú se negó a ejecutar el fallo, considerando entre otras cosas:

“que el poder judicial “es autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia”; que “pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan *ad libitum* en esa sentencia”; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, “no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional”; que “en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional”, pues “sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución” y que “la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República.”¹⁴

Precisamente frente a esta declaratoria por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú sobre la inejecutabilidad del fallo de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú, fue que la misma Corte Interamericana dictó el fallo subsiguiente, antes indicado, de 7 de noviembre de 1999, declarando que “el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento a la sentencia de 30 de mayo de 1999 dictada por la Corte Interamericana en el caso *Castillo Petruzzi y otros*.”¹⁵ Ello ocurrió durante el régimen autoritario que tuvo el Perú en la época del Presidente Fujimori, y que condujo a que dos meses después de dictarse la sentencia de la Corte Interamericana del 30 de mayo de 1999, el Congreso del Perú aprobase el 8 de julio de 1999 el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa

¹² Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 628-629.

¹³ *Idem*, pp. 626-628

¹⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

¹⁵ Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 629.

de la Corte, lo que se depositó al día siguiente en la Secretaría General de la OEA/ Este retiro fue declarado inadmisile por la propia Corte Interamericana, en la sentencia del caso *Ivcher Bronstein* de 24 de septiembre de 1999, considerando que un “Estado parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo.”¹⁶

En el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo también ha declarado como inejecutable en la mencionada decisión N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera de 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, en la cual como se ha dicho decidió que el Estado Venezolano había violado las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que habían sido destituidos, condenando al Estado a pagar las compensaciones prescritas, a reincorporarlos en sus cargos o en cargos similares y a publicar el fallo en la prensa venezolana.¹⁷ En su sentencia, además de declarar inejecutable dicho fallo, la Sala Constitucional solicitó al Ejecutivo Nacional que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos, y acusó a la Corte Interamericana de haber usurpado el poder del Tribunal Supremo.

El tema como se ha dicho, ya lo había adelantado la Sala Constitucional en su conocida sentencia N° 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato*),¹⁸ en la cual al referirse a los Tribunales Internacionales “comenzó declarando en general, que en Venezuela “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.”

En esa decisión, la Sala continuó distinguiendo respecto de los Tribunales Internacionales, aquellos de carácter supranacional como los de integración, basados en los artículos 73 y 153 de la Constitución que “contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional;”¹⁹ de aquellos de carácter Multinacionales y Transnacionales “que nacen porque varias naciones, en determinadas áreas, escogen un tribunal u organismo común que dirime los litigios entre ellos, o entre los países u organismos signatarios y los particulares nacionales de esos países signatarios,” considerando que en estos casos “no se trata de organismos que están por encima de los Estados Soberanos, sino que están a su mismo nivel.” En esta última categoría clasificó precisamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que, en estos casos, “un fallo violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se haría inejecutable en el país. Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela.” La Sala, insistió en esta doctrina señalando que:

“Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.”²⁰

De esta afirmación resultó la otra afirmación general de la Sala Constitucional de que fuera de los casos de procesos de integración supranacional, “la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos *irrenunciables* de la Nación: la

16 *Idem*, pp. 769-771. En todo caso, posteriormente en 2001 Perú derogó la Resolución de julio de 1999, restableciéndose a plenitud la competencia de la Corte interamericana para el Estado.

17 Véase en www.corteidh.or.cr. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 182.

18 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

19 En este caso de tribunales creados en el marco de un proceso de integración supranacional, la Sala puntualizó que - Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.- *Idem*, p. 140.

20 *Idem*, p. 139.

independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.”²¹

Esta doctrina fue la que precisamente ha sido aplicada ahora en la sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008, en la cual la Sala Constitucional se apoyó expresamente en una extensa cita de la sentencia 1.942 de 15 de julio de 2003.

Esta sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008, en efecto, la dictó la Sala Constitucional con motivo de una “acción de control de la constitucionalidad” formulada por abogados de la procuraduría general de la república, es decir, representantes de la República de Venezuela, “referida a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008,” en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*).

Lo primero que destaca de este asunto, es que quien peticionó ante la Sala Constitucional fue el propio Estado obligado a ejecutar las sentencias internacionales a través de la Procuraduría General de la República, y la petición se formuló a través de una curiosa “acción de control constitucional” para la interpretación de la conformidad con la Constitución de la misma, no prevista en el ordenamiento.

La fundamentación básica de la acción interpuesta por el Estado fue que las decisiones de los “órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y son inaplicables si violan la Constitución,” ya que lo contrario “sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado,” denunciando ante la Sala que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos viola “la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción violentando el principio de autonomía del poder judicial, pues la misma llama al desconocimiento de los procedimientos legalmente establecidos para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por los jueces que contraríen el principio postulado esencial de su deber como jueces de la República.”

El Estado en su petición ante su Sala Constitucional, además, alegó que “la sentencia de manera ligera dispone que los accionantes no fueron juzgados por un juez imparcial, -no obstante señalar previamente que no fue debidamente comprobada tal parcialidad- y que por el supuesto hecho de no existir un procedimiento idóneo previsto en el ordenamiento jurídico venezolano para investigar y sancionar la conducta denunciada por los Ex Magistrados, entonces concluye que no solo tales ciudadanos no incurrieron en motivo alguno que justifique su destitución”. Y concluyó afirmando que el fallo de la Corte Interamericana era inaceptable y de imposible ejecución por parte del propio Estado peticionante.

La Sala Constitucional, para decidir, obviamente tuvo que comenzar por encuadrar la acción propuesta por el Estado, deduciendo que la misma no pretendía “la nulidad” del fallo de la Corte Interamericana “por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo.” Tampoco consideró la Sala que se trataba de “una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso.”

En virtud de ello, la Sala simplemente concluyó que de lo que se trataba era de una petición “dirigida a que se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la reincorporación de unos jueces y al pago de sumas de dinero,” considerando entonces que se trataba de una “acción de interpretación constitucional” que la propia Sala constitucional creó en Venezuela, a los efectos de la interpretación abstracta de normas constitucionales a partir de su sentencia de 22 de septiembre de 2000 (caso *Servio Tulio León*).²²

A tal efecto, la Sala consideró que era competente para decidir la acción interpuesta, al estimar que lo que peticionaban los representantes del Estado en su acción, era una decisión “sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución

²¹ *Idem*, p. 138.

²² Véase *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

Nacional,” estimando al efecto, que el propio Estado tenía la legitimación necesaria para intentar la acción ya que el fallo de la Corte Interamericana había ordenado la reincorporación en sus cargos de unos ex magistrados, había condenado a la República al pago de cantidades de dinero y había ordenado la publicación del fallo. El Estado, por tanto, de acuerdo a la Sala Constitucional tenía interés en que se dictase “una sentencia mero declarativa en la cual se establezca el verdadero sentido y alcance de la señalada ejecución con relación al Poder Judicial venezolano en cuanto al funcionamiento, vigilancia y control de los tribunales.”

A los efectos de adoptar su decisión, la Sala reconoció el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme al artículo 23 de la Constitución (ratificada en 1977), y consideró que el Estado desde 1981, había reconocido expresamente las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. Sin embargo, precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podía “pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno,” pues “la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es *“la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”* (artículo 7 constitucional).

La Sala para decidir, consideró que la Corte Interamericana, para dictar su fallo, además de haberse contradicho²³ al constatar la supuesta violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención:

“dictó pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibile.”

La Sala consideró entonces que la Corte Interamericana “al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999,” haciendo mención expresa a los artículos 254, 255 y 267. Además, estimó la Sala Constitucional que la Corte Interamericana “equipara de forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios, lo cual es absolutamente inaceptable y contrario a derecho,” reconociendo que respecto de los últimos (citando su sentencia N° 00673-2008), sin estabilidad alguna, están a regidos por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,” como un órgano creado con carácter transitorio hasta tanto sea creada la jurisdicción disciplinaria.”

Pero ello no impide, de acuerdo con la Sala Constitucional que se pueda “remover directamente a un funcionario de carácter provisorio o temporal, sin que opere alguna causa disciplinaria” por parte de la “Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia,” en forma completamente “discrecional.”

Además, destacó la Sala, la “sentencia cuestionada” de la Corte Interamericana “pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos.” En este punto, la Sala recurrió como precedente para considerar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inejecutable en Venezuela, a la decisión antes señalada de 1999 de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, que consideró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de 30 de mayo de 1999, dictada en el caso *Castillo Petruzzi y otro*.

En sentido similar, la Sala Constitucional venezolana concluyó que:

En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces

²³ La Sala Constitucional consideró que la Corte Interamericana decidió que la omisión de la Asamblea Nacional de dictar el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolano, -ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ,- pero luego sorprendentemente, en ese mismo párrafo [147] y de manera contradictoria, afirma que no se pudo comprobar que la Comisión de Emergencia y Reestructuración del Poder Judicial haya incurrido en desviación de poder o que fuera presionada directamente por el Ejecutivo Nacional para destituir a los mencionados ex jueces y luego concluye en el cardinal 6 del Capítulo X que -no ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia-.

de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.”

Por todo lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, a petición del propio Estado venezolano declaró entonces “inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa. Así se decide.” Esto, acompañado de la afirmación de que la sala Constitucional, por “notoriedad judicial” ya sabía que el Tribunal Supremo había nombrado a otras personas como magistrados de la Corte Primera.

Pero no se quedó allí la Sala Constitucional, sino en una evidente usurpación de poderes, ya que las relaciones internacionales es materia exclusiva del Poder Ejecutivo, solicitó instó “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado.”

Finalmente, la Sala Constitucional instó a “la Asamblea Nacional para que proceda a dictar el Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 1048 del 18 de mayo de 2006.”

Y así concluye el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Venezolano, utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia, que lamentablemente ha manifestado ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en Venezuela.²⁴

Debe recordarse en efecto, que en esta materia la Sala Constitucional también ha dispuesto una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución en la forma cómo se pretendía en 2007 en la antes mencionada propuesta del “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República, al buscar agregar al artículo 23 de la Constitución, también en forma regresiva, que “corresponde a los tribunales de la República conocer de las violaciones sobre las materias reguladas en dichos Tratados”, con lo que se buscaba establecer una prohibición constitucional para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudiera conocer de las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir, con una norma de este tipo, Venezuela hubiera quedado excluida constitucionalmente de la jurisdicción de dicha Corte internacional y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.²⁵

En esta materia, también, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004,- en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; -La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)), en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57; -Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación-, en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, Septiembre 2005, pp. 463-489; y *Crónica de la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007.

²⁵ Véase sobre esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 122.

21. LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN HECHA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ANTEJUICIOS DE MÉRITO DE ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Revista de Derecho Público, N° 116, julio-sept. 2008,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 249-260

Resumen: *Este estudio está destinado a analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1684 del 4 de noviembre de 2008 mediante la cual la Sala ha cambiado la redacción del artículo 266, 3 de la Constitución, usurpando el poder constituyente.*

I

El artículo 266,3 de la Constitución establece un privilegio a favor de altos funcionarios públicos, en el sentido de que para poder ser enjuiciados se requiere que previamente se declare, por el Tribunal Supremo de Justicia, si hay o no méritos para tal enjuiciamiento. Se trata del denominado antejuicio de mérito, siendo atribución del Tribunal Supremo:

“3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

En cuanto a la competencia para conocer de los juicios, la norma, dispone claramente lo que se desprende de su propio texto y del sentido propio de las palabras utilizadas: que en los casos en los cuales el Tribunal Supremo declare que hay méritos para enjuiciar a altos funcionarios indicados (distintos al Presidente de la República), si se trata de delitos comunes es el Tribunal Supremo el que debe conocer de la causa hasta sentencia definitiva; lo que significa que respecto de otros delitos, incluidos los políticos, los autos se deben remitir al Fiscal General de la República para que este siga el proceso ante la jurisdicción ordinaria. Sean cuales fueren las fallas que el interprete le encuentre a esta regulación, eso es lo que dispone la Constitución.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1684 del 4 de noviembre de 2008 (Caso: *Carlos Eduardo Giménez Colmenárez*, **Expediente** N° 08-1016), ha cambiado la redacción de la norma constitucional, usurpando la voluntad del pueblo al asumir el poder constituyente originario en contravención con las exigencias del propio texto fundamental que expresamente dispone, no sólo los procedimientos que pueden ser seguidos para las reformas constitucionales (Enmienda, Reforma, Asamblea Constituyente) (arts. 340-349), sino la necesaria intervención del pueblo para efectuarla, mediante referendo o mediante la elección de una Asamblea Constituyente.

II

La Sala Constitucional, en efecto, en dicha sentencia, ha dispuesto que, si el Tribunal Supremo declarase que hay méritos para enjuiciar a esos mismos altos funcionarios, en ese caso:

“deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva.”

Es decir, la Sala Constitucional reformó completamente la norma, estableciendo una regulación radicalmente distinta, en el sentido de que en casos de delitos comunes, en lugar de ser el Tribunal Supremo el

que conozca de la causa hasta sentencia definitiva como lo dice expresamente el artículo 266,3 de la Constitución, sean los tribunales ordinarios los que conozcan de dichas causas; agregando, además, una previsión que no estaba en el texto de la Constitución, y es la relativa a los “delitos políticos”, disponiendo una nueva competencia del Tribunal Supremo para conocer de las causas sobre los mismos, que no existe en la Constitución.

Para materializar esta usurpación la Sala Constitucional siguió un camino tortuoso, a través de los siguientes pasos:

Primero, partió de un auto de la Sala Plena del Tribunal Supremo en el cual ésta había renunciado a aplicar la Constitución y, consecuencialmente, declinó en la Sala Constitucional la competencia para conocer, no de un “recurso o acción de interpretación constitucional”, sino de una declinatoria de competencia para resolver una colisión de leyes.

Segundo, la Sala Constitucional, al recibir los autos, convirtió de oficio, es decir, sin que nadie se lo hubiese pedido, dicha declinación de competencia en un “recurso o acción de interpretación constitucional”, que supuestamente había intentado o interpuesto el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, para lo cual declaró que el máximo Tribunal de la República, tenía la “legitimación activa” necesaria para intentarlo; y que en virtud de ello, entonces, la Sala Constitucional tenía que resolverlo, cuando la Sala Plena, en realidad, no había intentado “recurso” o “acción” algunos y menos uno de interpretación constitucional, y lo único que había hecho era haber declinado la competencia para conocer de una colisión de leyes en la Sala Constitucional, que era lo que había solicitado la Fiscal General de la República.

III

En efecto, el origen remoto del proceso fue una solicitud de antejuicio de mérito que formuló la Fiscal General de la República ante la Sala Plena del Tribunal Supremo, contra un Gobernador de uno de los Estados de la Federación (Estado Yaracuy), en la cual se planteó la necesidad de resolver una colisión de leyes que supuestamente existía entre los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal a los efectos de determinar el Tribunal que debía conocer el juicio penal contra un Gobernador de un Estado de la República, por la presunta comisión de los delitos de peculado doloso impropio, evasión de procesos licitatorios y concierto con contratista, tipificados en los artículos 52, 58 y 70 de la Ley contra la Corrupción.

En tal sentido, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 5,2, siguiendo lo expresado en la Constitución, disponía que si el delito fuere común, el Tribunal Supremo era el que debía continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva; y el Código Orgánico Procesal Penal, por su parte, establecía en su artículo 378, que “Cuando se trate de los otros altos funcionarios del Estado y se declare que hay lugar al enjuiciamiento, el Tribunal Supremo de Justicia deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuere común, y continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República respecto del allanamiento de la inmunidad de los miembros de la Asamblea Nacional”. Se trataba, por tanto, de una previsión que no se ajustaba a lo dispuesto en la Constitución, por lo que debía considerarse como tácitamente derogada o contraria a la previsión constitucional.

Pero la Sala Plena (es decir, el Tribunal Supremo en pleno), a pesar de constatar esta situación, se declaró incompetente para aplicar la Constitución, lo que fue insólito, y resolvió que existía una colisión normativa entre el Código Orgánico Procesal Penal, por un lado, y la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por el otro, que exigía “el examen y análisis de la disposición constitucional y de las disposiciones legales,” pero renunciando a hacerlo, indicando:

“que la Sala Plena sólo tiene competencia para decidir si procede o no la solicitud de antejuicio de mérito. Por consiguiente, no tiene competencia para examinar y analizar los artículos constitucional y legales que regulan la competencia del tribunal que conocerá un eventual juicio penal producto de la declaratoria con lugar del antejuicio de mérito; en casos como el presente, en los cuales se hace imprescindible acudir a la interpretación constitucional para resolver la colisión de normas supra referida; determinándose que tal competencia está atribuida constitucional y legalmente a la Sala Constitucional...”

Para llegar a esta conclusión, la Sala Plena consideró que la Constitución otorgaba a la Sala Constitucional “la competencia exclusiva para conocer de cualquier acción cuya naturaleza sea de orden constitucional,” y que “consecuencia de ello, constituye la interpretación que del artículo 266 (numeral 3) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe hacer la Sala Constitucional en relación con los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal.” Planteado en esa forma, era evidente que la Sala Plena del Tribunal Supremo no tenía competencia

para resolver sobre la colisión de leyes, que es una competencia expresa de la Sala Constitucional, por lo que la petición de la Fiscal General condujo a que la Sala Plena, mediante sentencia N° 90 de 22 de julio de 2008, declinara la competencia para conocer de tal colisión de leyes denunciada, en la Sala Constitucional.

IV

Pero en lugar de resolver sobre la colisión de leyes, la Sala Constitucional, estimó de oficio, “de la solicitud planteada,” que la misma se traducía “en realidad en una pretensión de interpretación” del contenido del artículo 266,3 de la Constitución, “específicamente en lo concerniente a la determinación del tribunal competente para seguir conociendo de la causa, una vez declarada con lugar la solicitud de antejuicio de mérito presentada en contra de cualquiera de los altos funcionarios públicos;” agregando además, que “la presunta colisión no se limita a las disposiciones aludidas contenidas en dos leyes orgánicas, sino que la antinomia también involucra una norma constitucional cuya redacción coincide con una de las disposiciones legales, es decir, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”

De allí, en lugar de resolver la Sala Constitucional que la otra disposición legal (Código Orgánico Procesal Penal) era contraria a la disposición constitucional y a la propia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, por lo que debía considerarse derogada, sin embargo lo que hizo fue decidir que debía resolver la “antinomia entre leyes” pero considerando “imprescindible precisar mediante la interpretación” el adecuado sentido que debe darse al artículo 266.3 de la Constitución vigente, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5,52 y primer aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que regulan la acción de interpretación constitucional, es decir, como si se tratase de una “acción de interpretación constitucional,” la cual sin embargo nadie había intentado. Para ello comenzó analizando los requisitos de admisibilidad de estas acciones, considerando que, en este caso, “el recurso fue planteado” (cuando ningún recurso o acción había sido interpuesto) cumpliéndose dichos requisitos, en particular, el referente a la legitimación activa, considerando que la acción “la había interpuesto” el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, como “interesada en la interpretación,” ante otra de sus Salas, la Constitucional.

V

Después de hacer un recorrido histórico sobre la institución del antejuicio de mérito en las Constituciones anteriores, la Sala constató que la Constitución de 1961, que había sido derogada por la Constitución de 1999, en su artículo 215,2 establecía que en el caso de altos funcionarios del Estado, si la Corte Suprema de Justicia declaraba que *había mérito para el enjuiciamiento, debía “pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso...”* (Subrayado de la Sala). Es decir, la Sala constató que la Constitución anterior, que fue derogada por la Constitución de 1999, sí distinguía entre delitos comunes y delitos políticos para disponer la competencia judicial para la continuación del proceso, lo que expresamente fue “suprimido” de esta última, y con ello se modificó “el criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.”

Sin atender al hecho de que esa fue precisamente la voluntad del Constituyente al cambiar el régimen, la Sala simplemente expresó que de la nueva norma le llamaba la atención “su inconsistencia con los antecedentes históricos de su creación,” entrando en una larga disquisición sobre lo que debe entenderse por “delito común” y por “delito político,” la cual concluyó señalando que “delitos comunes” son los “sancionados en la legislación criminal ordinaria,” y que pueden lesionar u ofender bienes jurídicos individuales (como los delitos de violación, robo, hurto, lesiones, etc.) o causar daños o afectación de trascendencia social, como los delitos perpetrados contra la cosa o erario público, tipificados, por ejemplo, en la Ley contra la Corrupción; y los “delitos políticos” son aquellos “que atentan contra los poderes públicos y el orden constitucional, concretamente, los delitos de rebelión y sedición, así como también los que atentan contra la seguridad de la Nación, entre ellos la traición y el espionaje.”

VI

En cuanto al cambio introducido en el artículo 266,3 de la Constitución, la Sala simplemente concluyó señalando que “a pesar de representar un cambio, no se puede entender como una eliminación absoluta del vocablo, ya que el mismo se encuentra presente de manera tácita en el contenido de la norma, es decir, cuando el delito no sea común este se debe considerar político,” lo que por lo demás, nadie duda. Pero de que el cambio en la norma constitucional se estableció, no hay la menor duda, aún cuando la Sala lo haya considerado en cuanto a “determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito” como “una sustancial alteración del espíritu, propósito y razón de la referida norma -en lo que respecta a sus antecedentes históricos- ...”

Continuó la Corte considerando que la consecuencia jurídica que presenta la nueva norma constitucional al atribuirle al Tribunal Supremo continuar conociendo de las causas sólo en los casos de delitos comunes, “constituye una situación inconsistente con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos;” considerando al contrario de lo dispuesto en la norma que:

“en virtud de la respectiva entidad de los delitos y la distinta afectación del orden social, la competencia para el conocimiento de los delitos comunes debe corresponder a los tribunales ordinarios, mientras que en el caso de los delitos políticos el bien jurídico protegido a través del mismo es el orden jurídico y social del Estado.”

Pero esto en realidad no fue así, siendo la voluntad del Constituyente que sólo quedaran en el conocimiento del Tribunal Supremo las causas por delitos comunes. Pero en lugar de respetar lo que decidió el pueblo al sancionar la Constitución, la Sala Constitucional consideró que:

“atribuirle a la Sala Plena de este Máximo Tribunal el conocimiento de las causas instauradas contra los altos funcionarios públicos cuando el delito por ellos presuntamente cometido fuese calificado como “delito común”, revela la existencia de un error material del Constituyente de 1999, y con ello una inconsistencia de la norma, es decir, que la solución aportada no responde a las propiedades que tomó en cuenta el mismo Constituyente para establecer el supuesto de hecho de dicha consecuencia jurídica. Siendo así, se está en presencia de un enunciado que presenta una laguna, que a su vez conduce a una solución jurídica ilógica e inaceptable.”

En otras palabras, la Sala Constitucional consideró “absurdo” que el Constituyente hubiese dispuesto lo que dispuso: “que solo si el delito es común corresponderá a la Sala Plena el enjuiciamiento de los altos funcionarios comprendidos en el cardinal 3 del artículo 266; mientras que si se tratare de un delito de naturaleza política deberán seguir conociendo del juicio los tribunales ordinarios.”

VII

Frente a esta solución constitucional del artículo 266,3 de la Constitución, que la Sala Constitucional consideró como una “solución inconsistente,” la misma Sala Constitucional se preguntó en la sentencia si un juez podía “apartarse de la solución que le ha dado el constituyente a un caso;” y si “un juez, a la hora de resolver una controversia, sólo puede aplicar el derecho según el sentido evidente de las expresiones usadas por el ‘legislador’, sea éste constituyente o constituido;” concluyendo su inquisición con la afirmación de que “si bien los jueces están vinculados al derecho, el propio derecho los habilita para elaborar un juicio en caso de incongruencia, inconsistencia o falta de pertinencia en una norma, y corregir dicha situación;” y, además, de que los jueces tienen potestad “de corregir una falta de previsión normativa o apartarse de la solución dada por el legislador ante su evidente injusticia o incoherencia.”

En otras palabras, que existe “la posibilidad de que los jueces, ante la ausencia de norma aplicable, o ante la incoherencia de la solución que una norma contiene, resuelva integrar el derecho en ambos casos;” y que “el juez no está atado de manos frente a una posible incoherencia o inconsistencia por parte del legislador.”

En definitiva, la Sala consideró que en el caso había una “laguna axiológica” debido a la inconsistencia del enunciado del artículo 266,3 de la Constitución, en cuyo caso, consideró que “puede darse la posibilidad política y jurídica *de acudir a un texto constitucional derogado* para integrar dicha laguna,” resolviendo, entonces que el artículo 266,3 de la Constitución no dice lo que dice sino que dice otra cosa; es decir, que dicha norma, a pesar de que dispone que en caso de declararse que hay méritos para el enjuiciamiento de los altos funcionarios, el Tribunal Supremo debe remitir los autos al Fiscal General de la República, si fuere el caso, “y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva,” sin embargo no dispone lo que dispone sino que lo que dice es que en esos supuestos de declararse que hay méritos para el enjuiciamiento de los altos funcionarios, “deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva.” (destacado de la Sala).

Y en esa forma, pura y simplemente, “vista la integración de la laguna axiológica de que adolecía la norma constitucional,” la Sala declaró “resuelta la interpretación solicitada” modificando o “corrigiendo” ilegítimamente la Constitución.

22. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO CONSTITUYENTE: EL CASO DEL FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 117, enero-marzo 2009,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 195-203

Resumen: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 780 de 8 de mayo de 2008 ha dispuso como interpretación constitucional vinculante, que el artículo 67 de la Constitución, que prohíbe el financiamiento público de las asociaciones políticas, no dice tal cosa, sino que lo que dice es que lo que se prohíbe es solo financiar “los gastos corrientes e internos” de los mismos, prohibición que no resulta extensiva a las campañas electorales. En esta forma, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente la Constitución, sustituyéndose a la voluntad popular y al poder constituyente originario, implementando ilegítimamente lo que se buscaba con la rechazada Reforma Constitucional de 2007.*

I. LA PROHIBICIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SUS CAMPAÑAS ELECTORALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El artículo 67 de la Constitución de 1999 expresamente prohibió “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, al establecer enfáticamente que el mismo “no se permitirá”,¹ cambiando así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos que se había previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998.

En dicha Ley se había buscado establecer un mayor equilibrio y equidad para la participación de los partidos en la vida democrática y en especial en las campañas electorales, tratando de mitigar los desequilibrios y perversiones que podían producirse con el solo financiamiento privado a los partidos, con el riesgo de presencia de “narcofinanciamiento” por ejemplo, y el eventual financiamiento público indirecto, irregular y corrupto, sólo para los partidos de gobierno,² que en un sistema donde no existe control fiscal ni parlamentario del ejercicio del poder, puede magnificarse.

A tal efecto, en el artículo 203 de la Ley Orgánica se dispuso lo siguiente:

Artículo 203. El Consejo Nacional Electoral fijará en su presupuesto anual una partida destinada al financiamiento ordinario de los partidos políticos nacionales. En el presupuesto correspondiente al año de celebración de elecciones nacionales o regionales, se incluirá también una partida destinada a contribuir al financiamiento de la propaganda electoral de los partidos. Ambas partidas se distribuirán en forma proporcional a la votación respectiva nacional obtenida en las elecciones inmediatamente anteriores para la Cámara de Diputados. Las erogaciones correspondientes las hará el Consejo Nacional Electoral en el transcurso de ese año electoral.

¹ Véase sobre la versión inicial de esta norma y sobre nuestra propuesta para su redacción en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre - 17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, p. 129..

² Véase en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, -Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela- en *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos*. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139.

El Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, podrán contratar espacio en las televisoras y radioemisoras comerciales para facilitar la propaganda electoral de los partidos. Estos espacios se distribuirán en la forma anteriormente indicada, entre los partidos que tengan acreditados representantes ante en ese organismo. El Consejo Nacional Electoral podrá, en lugar de contratar los espacios, asignar directamente los recursos correspondientes a los partidos.

Los partidos políticos y grupos de electores estarán obligados a llevar una contabilidad especial donde consten, junto con los ingresos, los egresos por concepto de propaganda. Los libros de contabilidad y sus soportes estarán a la disposición del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República.

Dichos partidos y grupos de electores presentarán pruebas fehacientes del gasto en los términos señalados en la ley que rige esta materia y esta Ley.

Las partidas presupuestarias señaladas en este artículo se incluirán en la asignación destinada al Consejo Nacional Electoral. Este organismo depositará los fondos correspondientes a dicha partida en el Banco Central de Venezuela y éste pagará, durante el primer trimestre del ejercicio presupuestario, directamente a los Partidos Políticos o grupos de electores beneficiarios, ateniéndose, en caso de retraso, a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo.

Con la prohibición constitucional de este artículo, quedó entonces derogado el régimen de financiamiento público a los partidos políticos, abandonándose la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Incluso, para evitar cualquier financiamiento público indirecto, no sólo la Constitución estableció expresamente que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna (Art. 145); sino que las direcciones de las asociaciones con fines políticos no pueden contratar con entidades del sector público (Art. 67). El primer principio, sin embargo, desde que se publicó la Constitución, ha sido sistemáticamente vulnerado al ejercer el Presidente de la República, algunos de sus Ministros y otros altos funcionarios de la Administración Pública, y el Presidente de la Asamblea Nacional, los principales cargos directivos del partido de gobierno.

Lo cierto, en todo caso, es que, desde la Ley de Presupuesto Nacional de 2000, cesó el financiamiento público a los partidos políticos o asociaciones con fines políticos, eliminándose la mencionada partida presupuestaria que exigía la Ley Orgánica.

II. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN 2007 PARA PERMITIR EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU RECHAZO POR LA VOLUNTAD POPULAR

Esta prohibición constitucional expresa sobre el financiamiento público de los partidos políticos, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, con la cual expresamente se buscó modificar la mencionada prohibición constitucional.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,³ como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional,⁴ se buscó modificar la prohibición establecida en el artículo 67 de financiamiento de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, previéndose en la norma, al contrario, que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin indicarse si se trata de un financiamiento a los partidos políticos en general. En las propuestas se preveía, además, una remisión a la ley para establecer “los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos”.

³ El documento circuló en junio de 2007 con el título -Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, -Modificaciones propuestas-. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007.

⁴ Véase el documento Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas, agosto 2007, p. 19

En las *Propuestas de Reforma Constitucional* de junio 2007, se agregaba que la ley debía establecer esos mecanismos “para el financiamiento transparente de las actividades electorales”, el uso de los espacios públicos y acceso a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las asociaciones con fines políticos”.

Sin embargo, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* de junio 2007 como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* de agosto 2007, contradictoriamente se buscó eliminar la prohibición general que regula el artículo 67 de la Constitución de 1999, en el sentido de que “Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”. En un sistema de partido único oficialista, la eliminación en la propuesta era sin duda, un llamado a la legitimación de la imbricación total entre el partido y el Estado.

Por otra parte, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional*, en relación con el mismo artículo 67 se buscaba establecer una prohibición general en cuanto al “financiamiento a las asociaciones con fines políticos o a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros”.⁵

El Proyecto de Reforma Constitucional fue definitivamente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, y en el mismo en definitiva se buscaba eliminar la prohibición que se establece en el artículo 67, y en cambio se disponía que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin precisar nada sobre el financiamiento en general a los partidos políticos como organizaciones con fines políticos.

Por otra parte, en la reforma sancionada se estableció, además, como se dijo, una remisión a la ley para establecer “los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos” (y no sólo de las “organizaciones con fines políticos”).

Por otra parte, en una forma evidentemente regresiva, la Reforma Constitucional sancionada en noviembre de 2007 eliminó la prohibición general que regula el artículo 67 de la Constitución de 1999, en el sentido de que “las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Por último, en la Reforma Constitucional sancionada, en el mismo artículo 67 se estableció una prohibición general en cuanto al “financiamiento a las asociaciones con fines políticos” y no sólo de las “organizaciones con fines políticos” o “a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros”. Esto implicaba, que ninguna asociación de la sociedad civil u ONG que pudiera tener fines políticos, como podría ser la defensa de los derechos humanos, podría recibir financiamiento ni siquiera de entidades privadas o fundaciones extranjeras.⁶

Como es sabido, la antes comentada Reforma Constitucional de 2007, sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, fue rechazada por voluntad popular expresada abrumadoramente contra su aprobación en el referendo del 2 de diciembre de 2007,⁷ con lo que el régimen de financiamiento a los partidos políticos, a su funcionamiento interno y a sus actividades electorales continuó prohibida en la Constitución.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007-, rechazada por el poder constituyente originario-”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

III. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL, MEDIANTE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, REFORMÓ LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUYÉNDOSE AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO PARA ADMITIR EL FINANCIAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Sin embargo, a pesar de dicha prohibición constitucional y del rechazo popular, es decir, por el poder constituyente originario que es el pueblo, expresada su voluntad en el referendo del 2 de diciembre de 2007, la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como Jurisdicción Constitucional, en sentencia n° 780 de 8 de mayo de 2008 (Exp. n° 06-0785),⁸ ha dispuesto mediante una interpretación constitucional vinculante, reformar la Constitución, sustituirse a la voluntad popular y al poder constituyente originario, al disponer que “en lo que respecta al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas” contenida en la mencionada norma, la misma:

“se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero ... dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral”.

Es decir, la Sala Constitucional, ante una norma tan clara e igualmente tan criticable como la contenida en el artículo 67 de la Constitución, cuya reforma se había intentado hacer en 2007 pero sin lograrse por ser rechazada por la voluntad popular, en esta sentencia ni más ni menos, se ha erigido en poder constituyente, sustituyendo al pueblo, y ha dispuesto la reforma de la norma, vía su interpretación, en el mismo sentido que se pretendía en la rechazada reforma constitucional, disponiendo en definitiva, que:

“el contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la *proscripción de aportar fondos públicos a las asociaciones políticas, no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado* (de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria y observando el principio de reserva legal que impera en materia de elecciones, según dispone el artículo 156.32 de la Carta Fundamental), *destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas* inscritos ante el ente comicial, en el contexto del pluralismo político como elemento esencial de la democracia participativa racional, pero que en todo caso, requiere ex profeso, de regulación normativa por parte de la Asamblea Nacional, porque en esto descansa el ejercicio de la reserva legal.”

La sentencia de la Sala Constitucional se dictó con motivo de un recurso de interpretación constitucional que dos partidos políticos que habían sido aliados gubernamentales hasta esos tiempos (Patria para Todos –PPT- y Por la Democracia Social –Podemos-) habían formulado ante la misma, el 25 de mayo de 2006, respecto del mencionado artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “en lo que respecta al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas,” alegando que la norma al establecer que no se permitirá el financiamiento de origen público de los partidos políticos, sin embargo “no establece nada con respecto al financiamiento de las campañas electorales,” y que la norma “hace una distinción entre el financiamiento de las organizaciones con fines políticos y la regulación de la campaña electoral, por lo que resulta plausible concluir que la prohibición de financiamiento público está circunscrita a la actuación diaria de dichas organizaciones, sin que tal interdicción pueda extenderse a las campañas electorales;” la cual consideraron que era necesaria para “impedir que grupos económicos o “irregulares” se posesionen del Poder Público, lo cual, atentaría contra el orden democrático.”

Para resolver el recurso de interpretación interpuesto, la Sala Constitucional consideró que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido, mediante el recurso de interpretación, tiene un fin “esclarecedor y completivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador; en ningún caso legislativo;” consistente:

“primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada o sobre su “intención” (comprensión) o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicen de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales.”

⁸ Véase extractos de la sentencia en *Revista de Derecho Público* N° 114, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2008, pp. 127 y ss.

Para ello, ratificó la Sala que su doctrina de que la hermenéutica constitucional, debe realizarse de un modo sistemático, donde las normas deben ser analizadas a la luz de todo el bloque de la constitucionalidad.⁹

Partiendo de este supuesto, la Sala entró a interpretar el concepto de democracia, deduciendo que la misma “exige la celebración periódica de elecciones, como elemento legitimador del poder, y precisamente, ello sirvió de fundamento para la constitucionalización del Poder Electoral, y de su carácter instrumental en la manifestación de soberanía popular.

Sin embargo, el principio democrático, como manifestación de confianza en la sociedad y en su capacidad de autodeterminarse, es modernamente concebida como un supra concepto, que trasciende los meros esquemas electorales, para adentrarse en lo [que se] como el poder del pueblo, pues éste es el titular del poder político.”

En la sentencia, la Sala continuó con sucesivas citas y transcripciones de textos y opiniones sobre la democracia de diversos autores, en particular, de Sartori, Araújo Renterría, García Pelayo, Hariou, Naranjo Díaz y Calero, y terminó por referirse a la concepción de la democracia en la Constitución, y particularmente sobre “carácter participativo, lo cual, parte de una visión protagonista del pueblo y del espíritu cívico de su población; “ precisando que la “democracia participativa supone la armonización entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, pues el pueblo incide libre y directamente en los asuntos públicos, en concordancia con el principio de soberanía popular y con la noción de un Poder Público abierto o permeable a las aspiraciones populares, adaptándose a las exigencias que la propia sociedad plantea.”

De allí pasó la Sala a considerar que “parte esencial del sistema de democracia participativa, lo constituye el derecho de asociación política a que hace referencia la norma bajo análisis, pues éstas, como género asociativo que da lugar a una pluralidad de estructuras subjetivas, entre las cuales se encuentran los partidos, los grupos de electores, etc., constituyen organizaciones ciudadanas de carácter permanente, que articulan la actuación política, combaten la quietud ideológica, promueven sus ideales programáticos, suscitan la evolución y maduración ciudadana, y propugnan la conformación de nuevos actores que desde una visión particular de la política, pretenden incidir en el debate público.”

La conclusión de la Sala sobre el tema de los partidos políticos y la norma prohibitiva de su financiamiento público fue en definitiva que “el Poder Público se debe a toda la población y, por tanto, no debe promover a una parcialidad política, con su visión fragmentada de la realidad de la nación,” por lo que

“dentro de los parámetros del artículo 67 de la norma *normarum*, el Estado no puede promocionar el gasto ordinario de las asociaciones políticas, pues ello, equivaldría a fomentar la visión y los objetivos particulares de una organización con intereses propios. Empero, una cosa son las finanzas internas de la organización y su gasto ordinario, y otra cosa, lo que De Esteban (1993, *Curso de Derecho Constitucional Español II*. Madrid. p. 522), concibe, como uno de los temas más conflictivos en materia electoral, a saber, el fomento económico de los procesos electorales.

De allí, que, tanto en los países europeos como en algunos de América Latina, se tienen mecanismos de subvención pública como apoyo de campañas electorales. La importancia de los partidos políticos y asociaciones, la transparencia de los fondos y la equidad entre candidaturas, así lo han impuesto.”

De lo anterior pasó la Sala Constitucional a distinguir lo que lamentablemente no está distinguido en la Constitución y que fue lo que se quiso reformar con la Reforma Constitucional rechazada por el pueblo, y es precisamente,

“entre la *financiación de los costos internos de una asociación política* determinada (cualquiera sea su especie, verbigracia: partido, grupo electoral u otra unión concebida para la práctica política), que deben ser sostenidos por los miembros de la misma, pues su existencia obedece a la voluntad personal de los asociados, y *el fomento patrimonial del proceso electoral*, que encuentra en la campaña, una fase esencial,

⁹ Tal cómo lo decidió en sentencia N° 1581, dictada el 12 de julio de 2005 (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), al considerar que la Constitución “...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia-.

cuya finalidad es dar a conocer a los candidatos y sus programas, de manera que los electores se puedan pronunciar racionalmente y no de manera volitiva, sobre las diferentes opciones políticas, lo cual constituye en vez de un gasto, una inversión por constituir educación cívica electoral para el ejercicio del sufragio y la convivencia democrática.”

Como resultado de esta distinción, la Sala Constitucional constató que la campaña electoral, “no es sólo la expresión individual o asociativa del derecho a postulación de cualquier tipo de asociación política debidamente inscrita, sino que forma parte esencial de los procesos electorales, que exigen como condición primaria, que las fuerzas políticas intervengan en la contienda electoral, en una mínima paridad entre los que concurren como aspirantes a cargos de elección popular.”

Para ello es necesario vencer la desigualdad y establecer un equilibrio que surge, a juicio de la Sala y siguiendo lo expuesto por De Esteban (1993, *Curso de Derecho Constitucional Español* II. Madrid. p. 522, “entre actores con acceso a capitales particulares que facilitan la penetración de estos candidatos en el electorado, a través de los medios de comunicación masivos y los aspirantes sin soporte económico particular;” y por la otra, “a la limitación económica de carácter privado y el control del Estado sobre la misma, con el fin adicional, de impedir la corrupción y la ilicitud de los fondos utilizados para las campañas.”

Tales inconvenientes, dijo la Sala, que a juicio del referido autor “se solventa a través de la financiación pública de las campañas, no en cuanto actividad de los actores políticos, sino, en cuanto a la fase fundamental del proceso electoral, cuyo desarrollo fomenta el pluralismo ideológico-político, la salvaguarda del principio de racionalidad del sufragio, la garantía de diversidad para el electorado y la exigencia de claridad económica en la obtención y gasto del presupuesto utilizado para campañas electorales.”

De ello concluyó la Sala, lo que por demás es sabido en todo el mundo democrático, que

“el financiamiento público de los procesos electorales y dentro de ellos, de la campaña de los aspirantes a cargos de elección popular, constituye una exigencia de control sobre los actores políticos, su presupuesto y la relación competitiva que comprenden las operaciones electorales y al mismo tiempo, una actividad inherente a un sistema electoral transparente, que propugna el debate, la participación y el protagonismo del pueblo y, por ende, desarrolla el desiderátum del preámbulo constitucional, en cuanto al carácter participativo de la democracia venezolana.”

Precisamente por ello, siendo el financiamiento de las campañas electorales la motivación fundamental del financiamiento de los partidos políticos, pues los mismos tienen por objeto conducir a la ciudadanía en las opciones democráticas que necesariamente desembocan en elecciones, la Ley Orgánica del Sufragio y participación Política había dispuesto el financiamiento de los partidos políticos; y ello fue lo que, sin embargo, se eliminó expresamente en la Constitución de 1999.

En la Constitución de 1999, en efecto, se establecieron formalmente un conjunto de regulaciones que evidenciaron lo que podría denominarse una reacción contra los partidos políticos, muchas de las cuales, sin embargo, en la práctica han constituido letra muerta. Entre estas se destacan las siguientes: primero, la eliminación del léxico constitucional de la misma expresión “partidos políticos” y su sustitución por el de organizaciones con fines políticos (art. 67); segundo, la imposición constitucional a los diputados de representar al pueblo en su conjunto y del voto a conciencia, sin estar sujetos a mandatos ni instrucciones, ni a ataduras partidistas (art. 201); tercero, la pretendida eliminación de las fracciones parlamentarias en la Asamblea Nacional, existiendo en su lugar “bloques de opinión”, los cuales controlan los votos en la misma forma; cuarto, la obligación de los representantes de rendir cuenta pública de su gestión (art. 197) y de acompañar su candidatura con un programa (art. 66); quinto, la obligación de los partidos políticos de escoger sus directivos y candidatos mediante procesos de votación internos (art. 67), lo cual no se ha cumplido; sexto, la atribución al Consejo Nacional Electoral de la organización de las elecciones internas de los partidos políticos (art. 293,6), lo cual si bien constituye una intolerable injerencia estatal en la sociedad política tampoco se ha cumplido; y séptimo, precisamente la prohibición constitucional del financiamiento público a los partidos políticos (art. 67) lo cual lamentablemente ha provocado la posibilidad no sólo al financiamiento privado ilegítimo (narcotráfico, comisiones de partidos), sino al financiamiento público irregular.¹⁰

¹⁰ Véase en Allan R. Brewer-Carías, -Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela- en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 655-686

Y eso fue precisamente lo que se quiso corregir, de nuevo, con la proyectada Reforma Constitucional de 2007, la cual, sin embargo, fue rechazada por el pueblo.

Pero la Sala Constitucional, sin mayor rubor, se substituyó al pueblo y asumió el rol de poder constituyente originario, disponiendo que lo que la Constitución prohíbe cuando establece en el artículo 67 que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, es sólo una prohibición al financiamiento por el Estado de “los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas”, pero no de la “campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.”

Es decir, el Juez Constitucional, simplemente, dispuso que la Constitución no dice lo que dice, sino todo lo contrario; que cuando dice que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, no es eso lo que establece, sino lo que prohíbe es solamente “el financiamiento de los gastos corrientes e internos de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”; y que los gastos de las campañas electorales de dichas asociaciones con fines políticas, en cambio, si pueden ser financiadas con fondos provenientes del Estado.

Y para llegar a esta conclusión, en una sentencia innecesariamente atiborrada de citas de autores sobre las técnicas de interpretación y la noción de democracia, y sobre las bondades del financiamiento público de las campañas electorales de los partidos políticos, concluyó en la mencionada distinción, de que una cosa es que el Estado financie “los gastos corrientes e internos” de los partidos políticos y otra cosa es que financie “sus campañas electorales,” deduciendo sin fundamento alguno que lo que la Constitución prohíbe es lo primero y no lo segundo.

Se trata de una conclusión absurda, que, contra toda lógica democrática, se deriva de una premisa falsa, y es que en sistemas democráticos supuestamente podría ocurrir que el Estado financie los gastos corrientes e internos de los partidos. Ello no se concibe en las democracias, por lo que no requiere de prohibición alguna. En democracias lo que se financia es el funcionamiento de los partidos, pero con miras siempre a las campañas electorales, al punto de que este se suspende si los mismos no llegan a obtener un determinado porcentaje de votación en las elecciones.

Puede ser muy loable la intención del Juez Constitucional de permitir el financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, pero habiendo sido ello prohibido expresamente por la Constitución¹¹ (ya que no tiene lógica afirmar que lo que se prohíbe es lo que nunca se ha permitido: el financiamiento de los gastos corrientes e internos de los partidos), sólo reformándola es que se podría lograr lo contrario. Y ello fue lo que en este caso hizo el Juez Constitucional en Venezuela: reformar la Constitución, usurpando el poder constituyente originario que es del pueblo e, incluso contra su propia voluntad expresada cinco meses antes al rechazar precisamente esa reforma constitucional en igual sentido, estableció la posibilidad de financiar las campañas electorales de los partidos políticos.

¹¹ Por ello fue, incluso, que entre otros aspectos salvamos nuestro voto en relación con dicha norma. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999). Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. pp. 239, 259.

23. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA (LA REELECCIÓN CONTINUA E INDEFINIDA)

Revista de Derecho Público, N° 117, enero-marzo 2009,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 205-211

Resumen: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 53 de 3 de febrero de 2009, declaró constitucional el proceso de "Enmienda Constitucional" de 2008-2009 que culminó con el referendo de 15 de febrero de 2009, mediante el cual se eliminó el principio constitucional "pétreo" de que el gobierno además de democrático y electivo debe ser siempre "alternativo," confundiendo el principio de la "alternabilidad" con el principio "electivo," estableciendo la posibilidad de la reelección continua e indefinida de cargos electivos, lo que incluso había sido rechazado expresamente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007 sobre la "Reforma constitucional" de 2007.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 53 de 3 de febrero de 2009,¹ decidió allanar el camino constitucional para la realización del referendo aprobatorio que se realizó el 15 de febrero de 2009, en el cual se aprobó el proyecto de Enmienda Constitucional relativa a los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, que estableció en Venezuela el principio de la reelección continua de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6), y violando la prohibición constitucional de realizar una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución ya rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345).

Dos temas se sometieron a la interpretación de la Sala Constitucional en un recurso de interpretación que se había introducido el 11 de diciembre de 2008:

Primero, determinar si la prohibición constitucional establecida para someter a consulta popular una modificación constitucional ya rechazada popularmente en un mismo período constitucional también se aplica, cuando se somete la misma modificación a referendo por vía de Enmienda Constitucional, en el mismo período constitucional.

Segundo, determinar si la Enmienda de 2008-2009 que buscó establecer el principio de la reelección indefinida para cargos electivos, alteraba el principio de la "alternabilidad" del gobierno que el artículo 6 de la Constitución establece como un principio fundamental, que además es de carácter pétreo ("El gobierno es y será siempre... alternativo..."), y que es común en los sistemas presidenciales de gobierno.²

I. PRECISIÓN SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ENMIENDA CONSTITUCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL.

Para entender adecuadamente la sentencia, hay que tener presente los elementos comunes y de distinción entre los procedimientos de Enmienda Constitucional y la Reforma Constitucional.

Ambos procedimientos de modificación de la Constitución tienen en común, por una parte, que mediante ellos no se puede alterar o modificar la estructura y principios fundamentales de la Constitución (arts. 340 y 342). Ello sólo puede hacerse mediante el procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente (art. 347).

¹ Véase la sentencia n° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340, 6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisions/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

² Las restricciones a la reelección presidencial son tradicionales en los sistemas presidenciales de gobierno, como son los de América Latina, y no en los sistemas parlamentarios como los que existen en Europa. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 106 ff.

Por la otra, también tienen en común que ambos procedimientos requieren de aprobación popular mediante referendo para que la modificación tenga vigencia. En la Constitución no se regula poder constituyente “derivado” alguno. Solo hay un “poder constituyente originario” que es el pueblo, el cual tiene que aprobar por referendo tanto la Enmienda como la Reforma Constitucional, o la convocatoria a Asamblea nacional Constituyente.

La Asamblea Nacional y los órganos que tienen la iniciativa de Enmienda y de Reforma Constitucional, sólo coadyuvan en el proceso de modificación constitucional, pero no son “poder constituyente derivado”.

En cuanto a la *distinción* entre la Enmienda Constitucional y la Reforma Constitucional, la misma existe, en primer lugar, en cuanto *al alcance* del procedimiento de modificación:

La Enmienda Constitucional tiene por objeto la adición o modificación de artículos de la Constitución (no la supresión de ellos).

En cambio, la Reforma Constitucional tiene por objeto la revisión parcial y sustitución de artículos, siempre que no se afecten, como se dijo, los principios y la estructura fundamental del texto (arts. 340, 342).

En segundo lugar, la otra distinción entre la Enmienda y la Reforma Constitucional se refiere a *la iniciativa y a la intervención de la Asamblea Nacional* en el procedimiento de modificación constitucional.

La Enmienda Constitucional no necesita ser discutida por la Asamblea Nacional, pero si su iniciativa parte de la propia Asamblea Nacional, la misma debe, primero apoyarla por el voto de al menos el 30% de sus integrantes y luego, aprobarla mediante el procedimiento de formación de las leyes con el voto de la mayoría de sus integrantes (art. 341).

En cuanto a la Reforma Constitucional, se debe presentar ante la Asamblea Nacional la cual siempre debe aprobarla en tres discusiones mediante voto de 2/3 de sus integrantes. Cuando la iniciativa de Reforma parte de la propia Asamblea Nacional debe ser apoyada por mayoría de sus integrantes.

Por último, en tercer lugar, la Constitución también establece una distinción en cuanto a los efectos del rechazo popular de la modificación constitucional, en el sentido de que la prohibición constitucional de que se pueda presentar a la Asamblea Nacional otra iniciativa de reforma constitucional rechazada por el pueblo en el mismo período constitucional sólo está establecida como efecto del rechazo a la Reforma Constitucional. Nada se establece en cuanto a los efectos del rechazo de la Enmienda Constitucional.

Fue en este marco constitucional, en el cual la Asamblea Nacional tomó la iniciativa y aprobó un proyecto de Enmienda Constitucional 2008-2009, que inicialmente sólo perseguía modificar el artículo 230 de la Constitución sobre reelección del Presidente, y que luego se extendió a los artículos 160, 162, 174 y 192 de la Constitución sobre reelección de otros cargos electivos, en los cuales se establecen límites para la reelección, a los efectos de eliminar dichos límites, el cual fue el definitivamente aprobado en el referendo del 15 de febrero de 2009.

Los Artículos 162 y 192 establecían que los miembros de Consejos Legislativos de los Estados y los Diputados a la Asamblea Nacional sólo podrían reelegirse por dos períodos como máximo.

Los Artículos 160, 174, y 230 establecían que los Gobernadores y Alcaldes, y el Presidente de la República, solo podían reelegirse de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.

II. EL SENTIDO DE LA PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA LAS CONSULTAS AL PUEBLO SOBRE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Como es sabido, el 2 de diciembre de 2007 el pueblo rechazó con su voto popular expresado en el Referendo convocado para aprobar la Reforma Constitucional propuesta por el Presidente de la República ante la Asamblea Nacional, la propuesta, entre otros aspectos, de establecer la posibilidad de la reelección continua del Presidente de la República mediante la eliminación de la limitación constitucional a la reelección, antes indicada.³

Siendo la manifestación de la voluntad popular el rechazar la propuesta de modificación constitucional, conforme al artículo 345 de la Constitución no se podía someter de nuevo a consulta popular, la misma reforma en el mismo período constitucional.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

Ello era lo que se había requerido que la Sala Constitucional interpretara. Sin embargo, sobre este primer punto respecto de si la prohibición contenida en el artículo 345 de la Constitución en el sentido de que la iniciativa de reforma constitucional que no fuese aprobada no podía presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional, confundiendo el sentido de la norma, sostuvo que la misma no estaba destinada a regular **los efectos de la manifestación de rechazo popular** de la modificación propuesta, sino que sostuvo que la norma estaba sólo *dirigida a regular a la Asamblea Nacional*, en el sentido de que lo que no podría era exigírsele que debatiera una reforma constitucional una vez que ya la había debatido en el mismo período constitucional y había sido rechazada por el pueblo. La Sala olvidó que la norma constitucional a lo que estaba dirigida era a regular las consultas a la voluntad popular en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional.

En efecto, la prohibición constitucional de volver a someter a consulta una reforma rechazada, en realidad está dirigida a regular los efectos de la voluntad popular expresada mediante referendo, en el sentido de que no se puede consultar al pueblo de nuevo la misma modificación constitucional que el pueblo ya ha rechazado en un mismo período constitucional.

Lo importante de la prohibición establecida en un Título de la Constitución relativo a la “Reforma Constitucional” que en Venezuela sólo puede realizarse con la participación del pueblo, es que la misma se refiere precisamente a los efectos de la expresión de la voluntad popular que es manifestación del poder constituyente originario, y no a los efectos del debate que pueda haber habido en la Asamblea Nacional en la materia, que no es poder constituyente, ni siquiera derivado, ya que no puede haber modificación constitucional alguna sin aprobación popular.

La decisión de la Sala Constitucional fue una nueva burla a la Constitución al ignorar la prohibición de sucesivas consultas populares, basándose en dos artulugios que se utilizaron en este caso de la Enmienda 2008-2009: primero, el utilizado por la Asamblea Nacional, en su iniciativa de Enmienda, al extenderla a otros artículos constitucionales además del 230, para tratar de diferenciar la Enmienda de 2008-2009 de la rechazada Reforma Constitucional de 2007; y segundo, el utilizado por la Sala Constitucional al considerar que la prohibición constitucional de consultar al pueblo sobre reformas rechazadas es sólo formal respecto de las discusiones en la Asamblea Nacional, ignorando su propósito esencial de respetar la voluntad popular una vez que esta se ha expresado en forma negativa respecto de una modificación de la Constitución.

Esa voluntad hay que respetarla, que es lo que persigue la Constitución, por lo que una vez que el pueblo se ha manifestado rechazando una modificación al texto constitucional no se lo puede estar convocando sucesivamente sin límites en el mismo período constitucional para volver a pronunciarse sobre lo mismo.

III. EL PRINCIPIO DE LA ALTERNABILIDAD DEL GOBIERNO

Pero aparte de burlar la prohibición constitucional de sucesivas consultas populares en un periodo constitucional sobre modificaciones constitucionales una vez que el pueblo las ha rechazado, la Sala Constitucional procedió a mutar ilegítimamente la Constitución, eliminando el carácter de principio fundamental del gobierno que además de “democrático” y “electivo” conforme al artículo 6 de la Constitución, debe ser *siempre* “alternativo,” considerando que dicho principio no se altera con las reformas propuestas en la Enmienda Constitucional 2008-2009.

Esta, como se dijo, propugnó establecer en la Constitución la posibilidad de la reelección continua y sin límites de los cargos electivos lo cual, lo que fue aprobado en el referendo, pero sin duda, alterando un principio fundamental del constitucionalismo venezolano establecido desde 1830 en casi todas las Constituciones, que es el de la “alternabilidad” en el gobierno, y que en el artículo 6 de la Constitución de 1999 se formula como uno de los principios fundamentales del gobierno, con una formula que lo convierte en una de las llamadas “cláusulas pétreas” o inmodificables. Dispone la norma que “El gobierno *es y será siempre* ...alternativo...”, lo que implica que ello nunca podría ser alterado. Esa fue la voluntad del pueblo al aprobar la Constitución.

Este principio fue incorporado por primera vez en la historia constitucional como reacción al continuismo en el poder y entre otros aspectos, con base en la propia “doctrina de Simón Bolívar” en la cual la República se fundamenta conforme al artículo 1 de la Constitución, al expresar en su Discurso de Angostura que:

“...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.”⁴

De acuerdo con esta doctrina, en el constitucionalismo venezolano la palabra usada al expresar el principio del gobierno “alternativo” o de la “alternabilidad” en el poder, siempre ha tenido el significado que la misma tiene en castellano cuando se refiere a cargos, y que implica la idea de que las personas deben *turnarse sucesivamente* en los cargos o que los cargos deben desempeñarse *por turnos* (*Diccionario de la Real Academia Española*).⁵ Como lo señaló la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 51 de 18-3-2002, alternabilidad significa “*el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenecan o no a un mismo partido.*”

Este principio de la alternabilidad, como principio fundamental, se concibió históricamente para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas en los procesos electorales de quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos. El principio de “gobierno alternativo,” por tanto, no es equivalente al de “gobierno electivo.” La elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra.

Ha sido este principio de la alternabilidad, como principio fundamental del constitucionalismo venezolano, el que ha implicado la inclusión en las Constituciones de limitaciones a las posibilidades de reelección en cargos electivos. Así sucedió en casi todas nuestras Constituciones, como las de 1830, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1845 y 1947⁶ en las que se estableció, por ejemplo, la prohibición de la reelección del Presidente de la República para el período constitucional inmediato. En la historia constitucional del país, en realidad, la prohibición de la reelección presidencial inmediata solamente dejó de establecerse en las Constituciones de los gobiernos autoritarios: en la efímera Constitución de 1857; en las Constituciones de Juan Vicente Gómez de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931, y en la Constitución de Marcos Pérez Jiménez de 1953.

La prohibición, en cambio, respecto del Presidente de la República, en el período democrático iniciado en 1958⁷ fue más amplia y se extendió en la Constitución de 1961 a los dos períodos siguientes (10 años). La flexibilización del principio, en cambio, se produjo en la Constitución de 1999, en la cual se permitió la posibilidad de reelección presidencial de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período. Conforme a ella, ya se reeligió al Presidente Chávez en 2006, y a pesar de que fue sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente enteramente controlada por él, diez años después el mismo Presidente ya reelecto, es quien propuso reformarla.

Como se dijo, alternabilidad del gobierno es un principio del constitucionalismo venezolano y, además, propio de los sistemas presidenciales de gobierno, que se opone al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona, por lo que toda previsión que permita que esto ocurra, es contraria a dicho principio.

Este principio, por tanto, no se puede confundir con el principio “electivo” del gobierno o el más general principio “democrático” que el mismo artículo 6 de la Constitución establece. Una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que impide poder escoger al mismo gobernante ilimitadamente.

Es contrario a la Constitución, por tanto, interpretar, como lo hizo la Sala Constitucional en su sentencia n° 53 de 03-02-2009, que el principio de la alternabilidad “lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes”, confundiendo “gobierno alternativo” con “gobierno electivo.” Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el

⁴ Véase en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

⁵ Véase el Voto Salvado a la sentencia n° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

⁶ Véase el texto de todas las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, 2 vols., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.

⁷ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, 2 vols., Editorial Alfa, Caracas 2008.

sentido de que “sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”. Con su sentencia, la Sala Constitucional de nuevo lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución, y al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano sí trastocó el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder.

Se insiste, lo expuesto por la Sala Constitucional se refirió al principio de gobierno “electivo” que en los términos del mismo artículo 6 de la Constitución, es el que implica que “el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social;” pero no al principio de gobierno “alternativo” que implica que no se pueda elegir indefinidamente una misma persona para el mismo cargo, así haya hecho un “buen gobierno.” El principio de la alternabilidad, para evitar el continuismo en el poder, precisamente implica la limitación que el pueblo, como poder constituyente originario, se ha impuesto a sí mismo, en cuanto a que supuestamente pueda tener la “oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras del poder cuando su desempeño haya sido pobre.” Esta supuesta “oportunidad,” por el principio de la alternabilidad en la Constitución, pudo ejercerse antes de 1999, sólo después de que, en sus casos, transcurrieron uno o dos períodos constitucionales siguientes al ejercicio de la Presidencia por quien pretendiera de nuevo optar a dicho cargo, y en la Constitución de 1999 sólo ocurrió en 2006, por una sola vez para un período inmediato, mediante la reelección ya efectuada del Presidente Chávez. Pero establecer dicha “oportunidad” como reelección continua, sin límite, sería contrario al principio de la alternabilidad.

Por tanto, al contrario de que decidió la Sala Constitucional, la posibilidad de reelección continúa sí alteraba el principio fundamental del gobierno “alternativo”, que es uno de los valores democráticos que informan nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio, que se alteraba si se establecía la posibilidad de elección continua de cargos electivos y que es distinto del principio del gobierno “electivo,” al tener una formulación pétrea en el artículo 6 de la Constitución (es y será siempre) no podía ser objeto de modificación constitucional alguna, y en el supuesto negado de que pudiera ser modificado, ello no podía realizarse ni por los procedimientos de Enmienda ni de Reforma Constitucional sino sólo mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Constitucional, con su sentencia n° 53 de 03-02-2009, una vez más al servicio del autoritarismo, sin embargo, mutó la Constitución a través de una interpretación, modificando ilegítimamente el sentido del principio del gobierno “alternativo” que los venezolanos dispusieron que siempre debía regir sus gobiernos, obviando la prohibición constitucional de que se pudiera consultar en un mismo período constitucional, la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado.

Esta inconstitucional sentencia, en todo caso, lo que tuvo por objeto fue despejar el camino para que el régimen autoritario pudiera someter a referendo una Enmienda Constitucional relativa a un principio fundamental, pétreo, de la Constitución, que sólo podía modificarse mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

New York, febrero 2009

24. COMENTARIOS SOBRE EL “CASO: TRIBUNAL SUPREMO vs. LUIS BRITO GARCÍA,” O DE CÓMO EL TRIBUNAL SUPREMO ADOPTA DECISIONES INTERPRETATIVAS DE SUS SENTENCIAS, DE OFICIO, SIN PROCESO NI PARTES, MEDIANTE “BOLETINES DE PRENSA” SOBRE TEMAS VINCULADOS A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO FRENTE A TRIBUNALES EXTRANJEROS

Revista de Derecho Público, N° 118, abril-junio 2009,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 319-330

Resumen: *El presente “comentario jurisprudencial” se refiere a la “novedosa” modalidad judicial creada por el Tribunal Supremo, sin asidero legal alguno, para expresar opinión en asuntos litigiosos mediante “Boletines de prensa” y “responder” críticas periodísticas formuladas por litigantes contra sus propias sentencias.*

El Tribunal Supremo de Justicia, mediante “Boletín de Prensa” publicado en su *página web* el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”), con el título: “Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros,”¹ decidió, presumiblemente en Sala Plena, emitir de oficio un pronunciamiento contentivo de conclusiones relativas al alcance de varias sentencias anteriores dictadas por una de sus Salas, la Sala Constitucional, sin que nadie se lo hubiese pedido, sin proceso constitucional alguno y, por tanto, sin partes ni contradictorio.

Las sentencias de la Sala Constitucional que fueron objeto de esta novedosa forma de ser interpretadas, fueron las siguientes: sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²; N° 1.942/03 (Caso: *Impugnación artículos Código Penal -Leyes de Desacato-*, accionante: Rafael Chavero Gazdik, de fecha 15-07-2003);³ N° 1.541/08 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-2008)⁴ y N° 1.939/08 (Caso: *Interpretación de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, accionante: Procuraduría General de la República, abogados Gustavo Álvarez Arias y otros, de fecha 18-12-2008),⁵ en las cuales se trataron diversas materias tales como la interpretación de las normas constitucionales sobre la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado, el arbitraje internacional y el consentimiento del Estado, y la ejecutabilidad de las decisiones dictadas por tribunales internacionales.⁶

Ahora bien, del contenido de dicho “Boletín de Prensa,” parecería deducirse, como lo afirmó el abogado y destacado escritor Luis Brito García (quien fue accionante en uno de los procesos constitucionales

¹ Véase en www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941

² Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

³ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 ss.

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 236 ss. Véase, además, Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional vs. la justicia internacional en materia de derechos humanos-, en *idem.*, pp. 249 ss.

⁶ Erradamente, sin embargo, en el -Boletín de Prensa- se utilizó la expresión -tribunales extranjeros- para referirse a los -internacionales.- -Tribunales extranjeros-, en realidad, son los tribunales de otros Estados, a cuyas decisiones no se refieren las sentencias objeto del Boletín de Prensa.

donde se dictó una de esas sentencias) en escrito de 21 de junio de 2009,⁷ que se trataría de una nueva modalidad de dictar “*Sentencia por boletín de prensa*,” que habría adoptado el Tribunal Supremo de Justicia, en Pleno; modalidad decisoria irregular ante la cual Brito García se preguntó:

“¿Cómo debemos interpretar esta proclama pública espontánea de un tribunal que sólo puede pronunciarse a instancia de parte y mediante sentencia? ¿Su boletín es un veredicto? ¿Crea una nueva jurisdicción, la mediática? ¿Hace jurisprudencia? ¿Debe ser aplicado? ¿Fue acordado por mayoría de los magistrados?”⁸

Lo interesante a destacar es que la novedosa e irregular “sentencia por boletín de prensa,” según lo afirmó el propio Brito García, se dictó al día siguiente de la aparición de unas declaraciones suyas el día 14 de junio de 2009, en el periódico *La Razón* con el título “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,”⁹ y presumiblemente en respuesta a las mismas, en las cuales criticó la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹⁰ que había declarado inadmisibile la acción que él mismo, junto con otros abogados, había intentado, indicando que con la decisión, la Sala Constitucional pretendía “someter a Venezuela a la jurisdicción de tribunales y árbitros extranjeros en las controversias sobre sus contratos de interés público.”¹¹ Ello, por supuesto no era cierto, ya que la Sala Constitucional se había limitado a declarar inadmisibile una acción de interpretación de unos artículos de la Constitución que consideró no requerían tal interpretación, pues establecían el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado.

En todo caso, según lo que declaró Brito García, al día siguiente de formular sus declaraciones públicas (14-06-2009), el 15 de junio de 2009, el Tribunal Supremo de Justicia “publica un comunicado donde procura contradecir tales declaraciones.”¹²

Ahora bien, para entender adecuadamente el alcance de la referida “sentencia por boletín de prensa” del Tribunal Supremo de Justicia, según la calificó Brito García, sin duda, hay que hacer referencia a los antecedentes del caso, comenzando por la propia sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009), que fue la criticada por Brito García, dictada, como se dijo, en un proceso en el cual él mismo fue accionante, y mediante la cual la Sala Constitucional declaró inadmisibile la acción que había intentado junto con otros por falta de legitimación activa y, además, por considerar que las normas cuya interpretación se había requerido no necesitaban de interpretación alguna.

I. LA SENTENCIA N° 97/09 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE DECLARATORIA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 151 DE LA CONSTITUCIÓN POR FALTA DE LEGITIMIDAD DE LOS RECURRENTES

En efecto, en fecha 12 de marzo de 2008, varios ciudadanos, y entre ellos, Luis Brito García, interpusieron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una acción de interpretación respecto del contenido y alcance de los artículos 1 y 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los cuales se dispone lo siguiente:

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.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

⁷ Véase, Luis Britto García, -¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!,- en www.aporearea.org/actualidad/a80479.html Fecha de publicación: 21-06-2009.

⁸ *Ídem*.

⁹ Véase Carlos Díaz, entrevista a Luis Brito García, -Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,- *La razón*, Caracas 14-06-2009. Publicado el 20-06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html

¹⁰ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

¹¹ *Ídem*.

¹² Véase Luis Britto García, -¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!,- en www.aporearea.org/actualidad/a80479.html. Fecha de publicación: 21-06-2009.

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Después de reseñar todas las argumentaciones de los accionantes, la Sala Constitucional en su sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹³ resumió la pretensión de los mismos considerando que, en esencia, estimaban que:

“la interpretación conjunta y conciliada de los artículos 1 y 151 de la Constitución, en concordancia con la del 301 *ejusdem* [sic], conduce a que el primero deba ser considerado como principio rector privativo que integra los Principios Fundamentales, y el otro como su aplicación al caso específico de los contratos de interés público suscritos por el Estado con personas jurídicas privadas extranjeras. Mientras que el artículo 301, en desarrollo del principio de igualdad también consagrado en la Disposición Fundamental Primera, asimismo, impide admitir que personas, empresas u organizaciones extranjeras puedan excluirse de los tribunales y las leyes venezolanas, que son obligatorias para los nacionales”.

Con base en ello, solicitaron a la Sala Constitucional que declarase que:

“la aparente excepción a que se contrae la regla general establecida en el artículo 151 de la Constitución es sólo aparente, y no restringe la regla de la irrenunciabilidad de la inmunidad de jurisdicción y legislación del Estado venezolano en materia de contratos de interés público, consagrada como principio rector en el artículo 1 *ejusdem* [sic]. Esto, porque alude a contratos de interés público que por su naturaleza son tratados internacionales y que por la condición de los sujetos que los celebran, Estados o empresas del sector público estatal con otros Estados u Organizaciones internacionales, son sujetos de Derecho Internacional Público”.

Aparte de la improcedente confusión en la que incurrieron los accionantes al confundir “contratos de interés públicos” con “tratados internacionales,” lo cual no tiene asidero alguno en el orden constitucional, en su escrito alegaron, según lo reseña la Sala Constitucional que si esta llegaba a considerar:

“que el referido artículo 151 de la Constitución sí consagra una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción y primacía de su [sic] legislación del Estado venezolano, en virtud de que dicha supuesta excepción estaría en contradicción flagrante con el principio del carácter irrenunciable de la inmunidad de jurisdicción y legislación consagrada en el artículo 1 *ejusdem* [sic] de los Principios Fundamentales, aplicable en forma privativa a todos los actos unilaterales o bilaterales, incluidos los contratos de interés público celebrados por el Estado venezolano, y de que también estaría en contradicción evidente con el principio de igualdad establecido en los artículos 1° [sic] y 301 *ejusdem* [sic], dicha excepción debe reputarse en lo adelante como eliminada del texto constitucional, es decir, deberá ser declarada inexistente, ya que ni siquiera otra norma constitucional puede contradecir o invalidar las comprendidas como Principios Fundamentales en el Título I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La Sala Constitucional en su sentencia, como se dijo, declaró la inadmisibilidad de la acción de interpretación constitucional propuesta, para lo cual analizó las condiciones de admisibilidad de dicha acción que, como se sabe, es de creación de la propia Sala Constitucional.¹⁴ Entre esas condiciones, en particular respecto de la legitimación para accionar, la Sala ha exigido que los accionantes deben “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.” La consecuencia de este criterio es que según la Sala, el fundamento del interés de quien solicita la interpretación tiene que ser la existencia de una situación jurídica, eventualmente dañosa para el solicitante, derivada de la duda planteada respecto del contenido de una norma constitucional a un caso concreto; de lo que 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.”¹⁵

¹³ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

¹⁴ Véase sentencia N° 1077/2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

¹⁵ Véase también sentencia N° 1383/2008, caso *Luis Hueck Henríquez*, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 596-601.

En el caso concreto de la acción interpuesta por Brito García y otros, la Sala Constitucional constató que los accionantes se habían arrogado:

“la representación de los intereses difusos del pueblo venezolano que, genéricamente, resultaría afectado por una interpretación constitucional que denuncian contraria al principio de soberanía y autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela, pues –en su criterio– el establecimiento de cláusulas compromisorias en los contratos de interés público supondría una declinatoria inexcusable de la jurisdicción del Estado a favor de árbitros u órganos de justicia extranjeros.”

Sin embargo, en el caso, la Sala estimó que los accionantes no plantearon hecho concreto alguno que articulado con las normas cuya interpretación solicitaron, pudieran estas afectar “de manera directa o siquiera eventual sus situaciones jurídicas, como consecuencia de la presunta oscuridad de las disposiciones de la Carta Magna antes referidas.”

De ello concluyó la Sala que “el interés procesal de los accionantes” resultaba “insuficiente,” declarando la demanda como “inadmisible al carecer los accionantes de la legitimación requerida para intlarla.” Sin embargo, la sala Constitucional consideró necesario también referirse a las normas constitucionales cuya interpretación se solicitó, y llegó a la conclusión de que las mismas no sólo no eran oscuras o dudosas, sino que ya habían sido objeto de interpretación. En particular, la Sala se refirió a su sentencia previa N° 1541/2008 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-200),¹⁶ en la cual ya se había efectuado un amplio análisis de las disposiciones constitucionales de cuyo contenido los accionantes derivaban una aparente contradicción.

A tal efecto, en particular, la Sala indicó sobre el alcance del artículo 151 de la Constitución respecto de la posibilidad de someter a arbitraje internacional la solución de controversias relativas a contratos de interés público, que compartía el criterio que había sentado en sentencia del 17 de agosto de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso *Apertura petrolera*),¹⁷ en relación con el artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), en el sentido de que:

“resulta evidente (...), que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la constitución de 1947. Sistema que por lo demás impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno u otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate (...).”

Respecto de ello, la Sala Constitucional en la mencionada sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹⁸ consideró que dentro de las condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera en el mundo contemporáneo, es “una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia;” considerando además, que:

“el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.”

Concluyó la Sala indicando que “en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa;” y que:

¹⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 ss.

¹⁷ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004, pp. 280-328).

¹⁸ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

“Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.”

Concluyó la Sala afirmando que la interpretación anterior,

“consolida el *principio de soberanía*, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.”

Finalmente, la Sala indicó que “en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa;” y que dicho aserto “*en forma alguna se constituyen en un cambio de criterio de esta jurisdicción constitucional en la materia.*”¹⁹

En la sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²⁰ de declaratoria de inadmisibilidad de la acción de interpretación de los artículos 1 y 151 de la Constitución, la Sala Constitucional además, hizo referencia a otra sentencia anterior, N° 1.942/03, dictada con motivo de la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales (Caso: *Impugnación artículos Código Penal-Leyes de desacato*, accionante Rafael Chavero G.)²¹ en la cual se afirmó que:

“si bien es posible que el Estado se someta válidamente a la jurisdicción internacional, en caso que la decisión del correspondiente órgano contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión.”

Con base en los razonamientos contenidos en las sentencias citadas, concluyó la Sala en su sentencia N° 97/09 declaratoria de inadmisibilidad de la acción de interpretación de los artículos 1 y 151 de la Constitución, por falta de legitimación activa, que:

“no existe una duda razonable respecto de los alcances de los artículos 1 y 151 de la Constitución y, por el contrario, de tales normas deriva una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o contradice el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela; motivo por el cual la demanda intentada también resulta inadmisibile, en razón de la inexistencia de oscuridad en las disposiciones constitucionales analizadas. Así se decide.”

II. LA CRÍTICA FORMULADA A LA SENTENCIA N° 97/09 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE DECLATORIA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 151 DE LA CONSTITUCIÓN

Con fecha 14 de junio de 2009, como se ha dicho, en declaraciones dadas al diario *La Razón*, Luis Brito García criticó²² la sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²³, antes reseñada, considerando que, con la misma, la Sala pretende “ni más ni menos que destruir la soberanía de Venezuela,” considerando que ésta:

¹⁹ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

²⁰ Ídem.

²¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

²² Véase Carlos Díaz, -Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país-, entrevista a Luis Britto García, *La Razón*, Caracas 14-06-2009; publicado el 20-06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html.

²³ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

“comprende el poder absoluto y perpetuo de la República de darse las propias leyes, aplicarlas con las propias autoridades y solucionar las controversias sobre su aplicación según dichas leyes y con los tribunales propios.”

Estos principios son inherentes a la noción misma de soberanía, y desde 1868, el internacionalista argentino Carlos Calvo, indignado por la invasión de Francia e Inglaterra contra México, sostuvo que: 1) Los Estados no pueden ingerirse en los asuntos de otros, en virtud del principio de igualdad entre ellos, 2) los extranjeros no pueden gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales, 3) y empresas y ciudadanos extranjeros deben solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial donde están establecidos.”²⁴ Luego de hacer referencia a la Cláusula Calvo,²⁵ de larga tradición en Venezuela y en América Latina, conforme a la cual, según lo expresa el mismo artículo 151 de la Constitución las controversias que puedan suscitarse con motivo de contratos de interés público “por ningún motivo ni causa pueden dar origen a reclamaciones extranjeras;” Brito García consideró, a pesar de que la sentencia criticada sólo declaró la inadmisibilidad de su acción de interpretación, y ratificó el contenido del artículo 151 de la Constitución que admite el arbitraje internacional en los contratos públicos,²⁶ que con la sentencia, el Estado:

“en primer lugar, pierde el derecho a ser juzgado según sus propias leyes. En segundo lugar, pierde el derecho a ser juzgado por sus propios tribunales. En tercer lugar, tiene que improvisar complejos y costosos mecanismos de defensa en territorios extranjeros, o encomendar sus intereses a bufetes mercenarios. Y, en fin, prácticamente nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país, y en líneas generales deciden contra los países en vías de desarrollo y a favor de las transnacionales.”

Todas estas afirmaciones, por supuesto carecen de base, pues la sentencia, al declarar inadmisibile la acción propuesta, ratificó el contenido del artículo 151 de la Constitución que establece el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado. Sin embargo, distorsionando la sentencia, Brito García, ante la pregunta que se le formuló sobre si con “este precedente legislativo (*sic*) se puede aniquilar la soberanía legislativa y jurisdiccional en Venezuela”, respondió que:

“Lamentablemente sí. De ahora en adelante será inútil que Venezuela legisle en defensa de sus intereses, porque las controversias sobre sus contratos de interés público podrían ser decididas de acuerdo con otras leyes foráneas, o por el parecer libre de una junta arbitral. Será igualmente inútil que Venezuela tenga tribunales, porque las decisiones más importantes relativas a su interés público serán adoptadas por órganos foráneos.”

De nuevo, se trata de afirmaciones sin fundamento jurídico pues el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción deja precisamente en manos del Estado la decisión soberana de someter o no las controversias que surjan de contratos de interés público a tribunales nacionales o a tribunales arbitrales internacionales.

Finalmente, en cuando al significado de la sentencia del Tribunal Supremo de 97/09, y las diferencias que podría tener comparada con las adoptadas por la antigua Corte Suprema de Justicia antes de 1999 (“Cuarta República”) en materia de soberanía, Brito García llegó a decir, también sin fundamento alguno, que “ni siquiera la Cuarta República se había atrevido a negar la soberanía de Venezuela en términos tan categóricamente inconstitucionales.”

²⁴ Véase Carlos Díaz, -Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país-, entrevista a Luis Britto García, La Razón, Caracas 14-06-2009; publicado el 20 -06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html.

²⁵ Esta Cláusula tuvo su origen en los trabajos de Carlos Calvo, quien la formuló en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, publicado inicialmente en 1868, después de estudiar la intervención Franco-Británica en el Río de la Plata y la intervención de Francia en México. La Cláusula Calvo fue adoptada por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1893 como respuesta a los reclamos diplomáticos formulados por países Europeos contra Venezuela como consecuencia de contratos firmados por el país con ciudadanos extranjeros. Véase Bogdanowsky de Maekelt, Tatiana, -Inmunidad de Jurisdicción de los Estados- en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas 1982, pp. 213 ss.; Brewer-Carías, Allan R. -Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa-, en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; Brewer-Carías, Allan R. -Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los actos de Estado (act of state) en la jurisprudencia norteamericana- en *Revista de Derecho Público* N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Octubre-Diciembre 1985, pp. 29-42.

²⁶ Véase sobre el tema, Sansó de Ramírez, Beatrice, -La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999-, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas 2001, pp. 333-368; Morles, Alfredo, -La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público- en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Vol. III, Caracas 1979, pp. 1701 ss.; Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265.

III. EL BOLETÍN DE PRENSA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RESPUESTA A LA CRÍTICA PERIODÍSTICA DE UN LITIGANTE O LA “SENTENCIA MEDIANTE BOLETÍN DE PRENSA”

Fue precisamente al día siguiente de las declaraciones antes mencionadas dadas por Luis Brito García, criticando la sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²⁷, que había declarado la inadmisibilidad de la acción de interpretación que junto con otros había propuesto respecto de los artículos 1 y 151 de la Constitución, cuando apareció publicado en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, un “Boletín” o “nota” de prensa cuya autoría se atribuye a “Prensa/TSJ” con el título “Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros,”²⁸ en el cual el Tribunal Supremo formuló una serie de conclusiones respecto del contenido de las sentencias de la Sala Constitucional N° 97/09, 1.942/03, 1.541/08 y 1.939/08, antes mencionadas.

Este “Boletín de prensa,” como se ha dicho, fue considerado por Brito García como la “respuesta” del Tribunal Supremo a la crítica periodística que él había formulado contra la decisión de la Sala Constitucional, calificándolo como una “*sentencia por boletín de prensa*” para cuya preparación -dijo-, el Tribunal Supremo se habría tomado un sólo día, en contraste con el año que se había tomado sentenciando “en contra de nuestro país” (“Celeridad contra los venezolanos, tardanza para defender la soberanía de Venezuela”); agregando que lo “más insólito” es que con el Boletín, el Tribunal Supremo,

“tras denegar justicia sobre los recursos que le interponemos, salga sin que nadie se lo pida a pronunciarse sobre las opiniones de los ciudadanos a quienes consideró despojados de “interés y legitimación”.

En todo caso, en la “sentencia-boletín” o “boletín-sentencia” como la calificó Brito, el Tribunal Supremo formuló las siguientes conclusiones:

Primero, comenzó afirmando al referirse a las anteriores sentencias de la Sala Constitucional que comenta, que:

“es falso que con base a las mismas, se afirme que el Poder Judicial venezolano no tiene potestad soberana para decidir las controversias sobre contratos de interés público suscritos por la República o someta las controversias derivadas de los mismos a los tribunales extranjeros, por el contrario, las mencionadas sentencias reiteran que el Estado es absolutamente soberano, por lo que no puede someterse a tribunales extranjeros en tanto no exista una manifestación válida, expresa e inequívoca para dirimir sus conflictos en órganos jurisdiccionales extranjeros.”

De ello resulta la ratificación del criterio sentado por la Sala Constitucional en el sentido de que de acuerdo con los artículos 151 y 258 de la Constitución, el Estado, en ejercicio de su poder soberano puede consentir someter controversias relativas a contratos de interés nacional a tribunales arbitrales internacionales, conforme a la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción establecida en la Constitución.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo afirmó que “no es cierto que conforme a tales fallos bastaría el consentimiento de un funcionario para que Venezuela sea juzgada y condenada por árbitros o tribunales extranjeros de acuerdo con leyes foráneas,” pues para ello se requiere “un consentimiento de las altas autoridades del Poder Nacional” haciendo referencia a lo previsto en los artículos 11 a 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. Debe decirse, sin embargo, que estas normas no regulan consentimiento alguno: la primera se refiere a la necesidad de que los contratos públicos que contengan cláusulas arbitrales deban someterse al estudio jurídico del abogado del Estado (Procuraduría General de la República); el segundo artículo se refiere a los tipos de controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje, como, por ejemplo, las que sean contrarias al orden público. Es el artículo 4 de esta Ley el que exige que en los contratos en los cuales una de las partes del acuerdo arbitral sea un ente público, se requiera la autorización por escrito del Ministro de tutela respectivo.²⁹

En tercer lugar, el Tribunal indicó que:

²⁷ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

²⁸ Véase en www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941.

²⁹ Véase, por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R., -El arbitraje y los contratos de interés nacional,- en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas 1999, pp. 169-204.

“las sentencias reiteran, que en el caso de arbitrajes de inversión o la aprobación de cualquier otro mecanismo que suponga el sometimiento a una jurisdicción internacional -vgr. Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales subregionales como el Tribunal Andino, centros de arbitraje, conciliaciones, entre otros-, su validez y eficacia requiere, no solo de la manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino además de una ley aprobatoria del tratado por parte de la Asamblea Nacional.”

En cuarto lugar, el Tribunal también indicó, al reafirmar “el principio de soberanía y autodeterminación de la República” que:

“es posible que el Estado Venezolano de acuerdo a las normas aplicables, pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones en los cuales se sometió la resolución de controversias a órganos internacionales. Muestra de ello, es la sentencia N° 1.939/08, en la cual la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional para que denunciara la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sometió a la República a la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ante la evidente usurpación de funciones en que incurrió la misma.”

En quinto lugar, en particular, en relación con el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones que contiene el consentimiento expreso unilateralmente formulado por el Estado para someter la resolución de controversias en materia de inversiones a tribunales arbitrales internacionales,³⁰ el Tribunal Supremo en su “Boletín de prensa” declaró, al contrario, confundiendo “tribunales arbitrales internacionales” con “jurisdicciones de otros países,” que:

“Las sentencias eliminan el riesgo que significaba interpretar al artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones como una oferta o invitación abierta de Venezuela a someterse a la jurisdicción de otros países, tal y como se ha intentado plantear en el foro internacional, por sujetos con intereses contrarios a la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de las grandes transnacionales de la energía.”

En verdad, sin embargo, esto último sólo fue decidido en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.541/08 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-2008)³¹ que fue dictada al resolver una acción de interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución, pero que resultó en una interpretación del mencionado artículo 22 de la Ley de Promoción y protección de Inversiones de 1999.

En sexto lugar, en la llamada por Brito “sentencia mediante boletín de prensa,” el Tribunal Supremo señaló que:

“Las sentencias exhortan el establecimiento de centros alternativos a los pertenecientes a las grandes potencias, destacándose la reciente iniciativa de los Presidentes de Tribunales Supremos de UNASUR, por constituir centros de arbitrajes latinoamericanos (*vid.* Declaración de Nueva Esparta, de la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de UNASUR).”

En séptimo lugar, el Tribunal Supremo constató que las sentencias reconocían y consolidaban “la actividad desarrollada por el gobierno de la República a lo largo de casi diez años de vigencia de la Constitución, tiempo en el cual se han celebrado diversos convenios y acuerdos, en los cuales se somete a la República a órganos jurisdiccionales internacionales, tales como tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos con países amigos como Argentina, Cuba e Irán.”

En octavo lugar, las sentencias reiteraron las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1.942/03 (Caso: *Impugnación artículos Código Penal -Leyes de Desacato-*, accionante: Rafael Chavero Gazdik, de fecha 15-07-2003);³² respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual:

“(…) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos (...) las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos (...). En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la

³⁰ Véase lo que expusimos en Brewer-Carías, Allan R., -Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción,- en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288.

³¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 ss.

³² Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales (...). El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...). (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.942/03).

Por último, en noveno lugar, el “Boletín de Prensa” del Tribunal Supremo reafirmó que “toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N° 1.939/08, en el caso: “*Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”, y en la decisión N° 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia N° 1.942/03.”

Luego de la emisión del “Boletín de prensa” antes comentado, el mismo abogado Luis Brito García reaccionó contra la “respuesta” a sus declaraciones del Tribunal Supremo que contenía, calificándolo, como se ha dicho, como una “sentencia por boletín de prensa” dictada “sin que nadie se lo pida a pronunciarse sobre las opiniones de los ciudadanos a quienes consideró despojados de ‘interés y legitimación’”.

Independientemente de los calificativos emitidos por Luis Brito García, ante el “Boletín de prensa” comentado, y de lo errado de sus apreciaciones sobre lo que en verdad se estableció en la sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),³³ sin duda, la reacción del Tribunal Supremo ante una crítica periodística constituye una “novedosa” forma judicial de un tribunal de expresar su “opinión” sobre determinados asuntos litigiosos, la cual debe ser rechazada, pues además de inconveniente, es ilegal por no tener competencia alguna el Tribunal para ello. Todavía en Venezuela, y a pesar de la ampliación de los poderes de actuación de oficio que se ha construido la Sala Constitucional,³⁴ por el principio dispositivo sigue siendo el norte del debido proceso en Venezuela.

New York, julio 2009

³³ Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp. 08-0306.

³⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R., -Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela-, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250.

25. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LAS ACCIONES DE HABEAS DATA EN VENEZUELA: LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 120, oct-dic 2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 185-191

Resumen: *Una vez más, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1511 de 9 de noviembre de 2009 asume el rol de “legislador positivo” al establecer el procedimiento a seguir en la tramitación de las acciones de habeas data. Para ello, se apartó de un criterio precedente (sentencia N° 2551 de 24 de septiembre de 2003), procediendo a “llenar el vacío legislativo que existe en torno a esta novísima acción constitucional de habeas data”, y fijó con carácter vinculante el mencionado procedimiento hasta tanto la Asamblea Nacional legisle al efecto.*

I

El artículo 28 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación de las Constituciones latinoamericanas recientes, estableció expresamente en Venezuela la acción de *habeas data* mediante la cual se garantiza a todas las personas el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

Estos derechos, como lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 9 de noviembre de 2009 (caso *Mercedes Josefina Ramírez*, Acción de *Habeas Data*), “no involucran directamente nulidades, ni indemnizaciones, sino otorgan situaciones jurídicas esenciales al ser humano: como lo es la existencia de un recurso sobre su persona en archivos públicos o privados, por lo que no resulta vinculante para el Juez Constitucional lo que pida el quejoso, sino la situación fáctica ocurrida en contravención a los derechos y garantías constitucionales y los efectos que ella produce, que el actor trata que cesen y dejen de perjudicarlo; o simplemente la información sobre sí mismo que tiene derecho a conocer existente en los registros público o privados”.¹

Por otra parte, el artículo 28 de la Constitución también consagra el derecho de toda persona de acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas, quedando a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

La norma, por tanto, consagra dos derechos distintos, sobre los cuales la Sala Constitucional en sentencia de 23 de agosto de 2000 (Caso: *Veedores de UCAB*) expresó en materia de derecho de acceso:

“el artículo 28 separa el acceso a la información y a los datos, del acceso a documentos que contengan información, la cual debe ser puntual, sobre cualquier tópico, sean o no dichos documentos soporte de bases de datos, que tengan interés para las comunidades o grupos. El acceso a estos documentos es distinto al de las bases de datos, de cualquier tipo. Se trata de acceder a documentos en sentido amplio, escritos o meramente representativos (de allí que la norma expresa que son documentos de cualquier naturaleza), que por alguna razón contienen información de interés para el grupo, o para la comunidad.

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>

Tal interés debe ser decidido por el juez, para ordenar su exhibición, por lo que debe ser alegado, no bastando la subjetiva apreciación del actor en ese sentido”.²

Estos derechos de *habeas data*, por otra parte, son también distintos al derecho garantizado en el artículo 143 de la misma Constitución que tienen todos los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular.

Asimismo, consagra la norma el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. La norma prohíbe, en todo caso, la censura a los funcionarios públicos en relación a lo que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

II

En cuanto al derecho de *habeas data* que consagra el artículo 28 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 1050 del 23 de agosto de 2000 (caso: *Ruth Capriles y otros*), determinó que se trata de un “derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras” consecuencia del hecho de que “tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado.” Estos derechos en criterio de la Sala Constitucional son los siguientes:

- “1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.”

A los efectos de ejercer esta acción de *habeas data*, la Sala Constitucional en su sentencia de 2000 precisó que se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que la legitimación activa corresponde a quienes tengan “un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina.” En otras palabras, dijo la Sala, quien quiere hacer valer estos derechos que conforman el *habeas data*, “lo hace porque se trata de datos que le son personales.”

Es decir, “quien no alega que el *habeas data* se solicita para obtener información sobre sus datos registrados, carece de interés legítimo en tal acción, ya que no hace uso del derecho que otorga dicha norma, con los otros derechos que nacen de la misma, los cuales giran alrededor de las informaciones personales.”

La doctrina anterior fue ratificada por la Sala Constitucional en sentencia N° 332 de 14 de marzo de 2001 (Caso: *Insaca vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*), en la cual volvió a analizar la norma del artículo 28 de la Constitución, en cuanto a la justiciabilidad de los derechos que contiene, concluyendo que daban origen a acciones autónomas distintas y no siempre vinculadas al amparo constitucional;³ ratificando el criterio de que en virtud de que para ese momento no se había sancionado ley reguladora alguno del procedimiento constitucional a seguir para la justiciabilidad de esos derechos, la Sala Constitucional se

² Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 500-501.

³ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 488.

reservó la competencia, como Jurisdicción Constitucional, para conocer “de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente, hasta que las leyes que regulan la Jurisdicción Constitucional, decidan lo contrario”, agregando que:

“Con esta doctrina la Sala evita la dispersión que ocurre en otros países, donde la acción de habeas data que se incoa autónomamente, ha sido conocida por Tribunales Civiles, o de otra naturaleza, tomando en cuenta la afinidad de la materia que conoce el tribunal con la que se pretende ventilar con el *habeas data*.

Existiendo en el país una Sala Constitucional, específica para conocer lo relativo a las infracciones de la Carta Fundamental, no parece lógico, ante el silencio de la ley, atribuir el conocimiento de estas causas a tribunales distintos. Tal interpretación es vinculante a partir de esta fecha (14-03-2001) y así se declara.”⁴

Por otra parte, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de la acción de habeas data, la Sala ratificó la legitimación para accionar respecto de las persona que reseñadas en lo personal o en sus bienes, en los registros mencionados, sin necesidad de alegar daño alguno en los casos en que pide el acceso a la información o el conocimiento de la finalidad para la cual la mantiene el recopilador; agregando que para poderse intentar la acción respectiva, el acceso a la información debía haber sido previamente denegado por la autoridad administrativa, es decir, los derechos:

“han de ser ejercidos previamente (incluso extrajudicialmente y tal vez hasta por vía administrativa en algunos casos) ante el recopilador real o supuesto, por lo que la lesión al titular de los derechos nace de ese ejercicio extrajudicial fallido. Si se le niega extrajudicialmente el ejercicio, porque no se le da acceso a la información, se le da errónea, o no se explica legalmente para qué se registra, se le infringe su situación jurídica que nace directamente de la Constitución.

Ante tal negativa, la víctima puede optar entre un juicio ordinario, para hacer valer su derecho negado, acumulando pretensiones; o un amparo a los mismos fines si se dan los supuestos para ello, para que se le restablezca la situación de acceder o conocer realmente, ante la necesidad de precaver la situación jurídica de una lesión irreparable.”⁵

Además, dijo la Sala Constitucional que el accionante “debe fundar la demanda en la existencia cierta de un sistema de información que lleva una persona, dentro del cual existen datos e informaciones referentes al accionante (datos e informaciones en plural, es decir, varios que permitan delinear en alguna materia un perfil de la persona, o de sus bienes).”⁶

III

Posteriormente, mediante sentencia N° 2551 de 24 de septiembre de 2003 (caso: *Jaime Ojeda Ortiz*),⁷ tratándose en el caso de una solicitud de destrucción de una información que se encontraba en una base de datos, a los efectos de hacer efectivo los derechos a que se refiere el artículo 28 constitucional (derecho de acceso a la información, derecho de conocer uso y finalidad de los datos, derecho de actualización, rectificación y destrucción de la información), en virtud de que la Asamblea Nacional no había dictado la legislación necesaria para ello, la Sala pasó a establecer el procedimiento a seguir en estos casos, en uso de la facultad que le confería el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, decidiendo “aplicar al presente caso, mientras no se haya establecido por ley el procedimiento propio de la acción de habeas data, el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con las variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos,” conforme a las siguientes reglas procesales:

1) Al admitirse la acción, se debe comunicar al accionante que tiene la carga de promover en un lapso de cinco (5) días después de su notificación, a menos que se encuentren a derecho, toda la prueba documental de que dispongan, así como la mención del nombre, apellido y domicilio de los testigos si los hubiere.

2) Los llamados a juicio como demandados deben proceder a contestar por escrito la demanda, sin que sean admisibles cuestiones previas, produciendo un escrito de contestación que debe contener sus defensas o excepciones de manera escrita, sin citas jurisprudenciales ni doctrinales, y que además debe contener la promoción y producción de la prueba documental de que dispongan y de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.

⁴ *Idem.* 492.

⁵ *Idem.* 492.

⁶ *Idem.* pp. 492-495.

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2551-240903-03-0980.htm>

3) A partir de la contestación, el tribunal debe aplicará para la sustanciación de la causa, lo dispuesto en los artículos del 868 al 877 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo las partes promover, en el término señalado en el artículo 868 citado, las pruebas que creyeran convenientes ofrecer, conforme al artículo 395 *eiusdem*. La audiencia preliminar prevista en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil debe ser dirigida por la Sala.

IV

Posteriormente mediante sentencia No. 1511 de 9 de noviembre de 2009 (caso *Mercedes Josefina Ramírez*, Acción de Habeas Data)⁸, la Sala hizo un balance en retrospectiva de los resultados obtenidos con la tramitación del *habeas data* a través de dicho procedimiento, llegando a la conclusión que, “por carecer de unidad del acto oral, durante el trámite se prolonga en demasía la decisión sobre el fondo del asunto, en el cual, se supone, está en controversia un derecho constitucional que exige tutela efectiva de la justicia constitucional.”

En consecuencia, la Sala decidió modificar el procedimiento establecido en la sentencia N° 2551 del 24 de septiembre de 2003 (caso: *Jaime Ojeda Ortiz*) en materia de *habeas data*, estableciendo ahora “un procedimiento judicial especial preferente y sumario”, por tanto, “más breve” de manera que permita pronta decisión judicial, y, por tanto, “más idóneo con la necesidad de tutela expedita de los derechos constitucionales aludidos en el artículo 28 Constitucional.” Para ello, invocó la aplicación inmediata del artículo 27 de la Constitución y la atribución conferida en el artículo 335 de la misma, apartándose del precedente asentado en el antes mencionado fallo N° 2551 de 24 de septiembre de 2003 (caso: *Jaime Ojeda Ortiz*), de manera de “llenar el vacío legislativo que existe en torno a esta novísima acción constitucional de *habeas data*.” A tal efecto, dado el carácter vinculante de la sentencia, la Sala resolvió implementar a partir de la fecha de la sentencia, y hasta tanto la Asamblea Nacional legisle al efecto, el siguiente procedimiento:

1. El proceso se debe iniciar por escrito y el demandante debe señalar en su solicitud las pruebas que desea promover. El incumplimiento de esta carga produce la preclusión de la oportunidad, no sólo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino también de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos con que cuenta el demandante para incoar la acción. Las pruebas se deben valorar por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tiene los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360 del Código Civil para los documentos públicos, y en el artículo 1363 *eiusdem* para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

2. La parte accionante debe consignar, conjuntamente con el libelo de la demanda, el documento fundamental de su pretensión, con el objeto de cumplir con lo señalado en la sentencia N° 1281/2006, caso: *Pedro Reinaldo Carbone Martínez*. En efecto, con anterioridad a esta último fallo de 2006, la sala había admitido acciones de *habeas data* que no habían sido acompañadas con algún documento fundamental o indispensable que comprobara por ejemplo, la existencia de los registros policiales que se pretendían destruir o actualizar (por ejemplo, fallo N° 2.829 del 7 de diciembre de 2004), criterio que sin embargo fue cambiado la sentencia N° 1281 de 2006, exigiéndose en lo sucesivo que con las demandas se consigne el documento fundamental de su pretensión, de manera que conforme al párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la falta de consignación del documento indispensable o fundamental acarrea la declaratoria de inadmisibilidad de las acciones.

A tal efecto la sala consideró que por ejemplo en materia policial, existiendo procedimientos administrativos destinados a la exclusión de datos, la presentación por parte del accionante del dictamen de respuesta expedido por la autoridad policial, caso de que éste no satisfaga enteramente la solicitud del requirente, se debe entender que cumple cabalmente con el requisito de admisibilidad de presentación de documento fundamental, dispuesto en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la presentación el *habeas data*. Ello no excluye, sin embargo, que el accionante pueda presentar sustitutivamente cualquier otro documento que sirva como medio probatorio de la existencia indiscutible de los registros policiales.

3. Admitida la acción se debe ordenar la notificación del presunto agravante para que concurra ante la Secretaría de la Sala Constitucional a conocer el día y la hora en que se celebrará la audiencia oral, la cual debe tener lugar, tanto en su fijación como para su práctica dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes a partir de la última de las notificaciones ordenadas. Para dar cumplimiento a la brevedad y para no incurrir en excesivos formalismos, la notificación puede ser practicada mediante boleta, o

⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>

comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico o cualquier medio de comunicación interpersonal, dejando el Secretario de la Sala constancia detallada en autos de haberse efectuado la notificación y de sus consecuencias.

4. Se debe ordenar la notificación del Fiscal General de la República.

5. En la oportunidad fijada para la celebración de la audiencia oral y pública las partes oralmente deben proponer sus alegatos y defensas. La Sala debe decidir si hay lugar a pruebas, y las partes pueden ofrecer las que consideren legales y pertinentes. Los hechos esenciales para la defensa por el presunto agravante, así como los medios que ofrezca se deben recoger en un acta al igual que las otras circunstancias del proceso.

6. En la misma audiencia, la Sala Constitucional debe decretar cuáles son las pruebas admisibles y necesarias; y de ser admisibles debe ordenar su evacuación en la misma audiencia, pudiendo diferir la oportunidad para su evacuación.

7. La audiencia oral debe realizarse con presencia de las partes, pero la falta de comparecencia del presunto agravado dará por terminado el procedimiento, a menos de que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en el cual puede inquirir sobre los hechos alegados en un lapso breve. La falta de comparecencia del presunto agravante no acarrea la admisión de los hechos, pero la Sala puede diferir la celebración de la audiencia o solicitar al presunto agravante que presente un informe que contenga una relación sucinta de los hechos. La omisión de la presentación del referido informe se debe entender como un desacato.

8. En caso de litis consorcios necesarios activos o pasivos, cualquiera de los litis consortes que concurran a los actos representará al consorcio.

9. El desarrollo de las audiencias y la evacuación de las pruebas están bajo la dirección de la Sala Constitucional manteniéndose la igualdad entre las partes y el derecho de defensa. Todas las actuaciones deben ser públicas, salvo que la Sala decida que la audiencia sea a puerta cerrada de oficio o a solicitud de parte por estar comprometidas la moral y las buenas costumbres, o porque exista prohibición expresa de ley.

10. Una vez concluido el debate oral los Magistrados deben deliberar y podrán:

a) decidir inmediatamente; en cuyo caso deben exponer de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual debe ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El dispositivo del fallo lo debe comunicar el Magistrado o la Magistrada presidente de la Sala Constitucional, pero el extenso de la sentencia lo debe redactar el Magistrado Ponente.

b) Diferir la audiencia por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba o recaudo que sea fundamental para decidir el caso. En el mismo acto se debe fijar la oportunidad de la continuación de la audiencia oral.

11. Lo correspondiente a la recusación y demás incidencias procesales y, en general, en todo lo no previsto en el presente procedimiento se debe aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”

En esta forma, ante la carencia del legislador de establecer el procedimiento de las acciones de *habeas data*, ha sido el Juez Constitucional el que ha suplido la abstención, estableciendo en sus sentencias el procedimiento a seguir. Es decir, una vez más, el Juez Constitucional venezolano ha asumido el rol de Legislador positivo en materia de derecho procesal constitucional.⁹

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas,- en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80.

2010

26. LA SALA CONSTITUCIONAL vs. LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Revista de Derecho Público, N° 123, julio-sept. 2010,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 187-196

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se destina a analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 797 de 22 de julio de 2010 (Caso: Quinto Mandamiento de derechos Humanos), mediante la cual, usurpando las competencias de interpretación de las leyes de la Sala Político Administrativa, con la excusa de que para ello necesitaba interpretar unas normas constitucionales, lo cual no era cierto, terminó interpretando leyes sin interpretar la Constitución para resolver situaciones de hecho concretas.*

I.

En el ordenamiento jurídico venezolano a los jueces corresponde, por esencia, la tarea de interpretar las leyes para su aplicación en los casos concretos que deban decidir, incluyendo, la interpretación de las mismas conforme a la Constitución. Por ello, todos los jueces, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, en el ámbito de sus competencias, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, de manera que en caso de incompatibilidad entre ella y una ley u otra norma jurídica, deben, aun de oficio, aplicar con preferencia las disposiciones constitucionales y decidir lo conducente, es decir la inaplicabilidad de las normas legales.

Es más, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 21 de noviembre de 1990 (Caso *PDVSA*), con razón señaló que la interpretación de las normas legales ni siquiera es “es del monopolio del Poder Judicial,” pues la misma corresponde, incluso, a “cualquier administración o cualquier particular a quien corresponda adoptar una decisión concreta,” a cuyo efecto “deberá también, normalmente, interpretar previamente la ley, tarea que tendrá que desarrollar -al igual que el juez, en su caso y posteriormente, en vía judicial de revisión de la actuación administrativa previa- con estricta sujeción a las normas de nuestro ordenamiento positivo, y, particularmente, a las reglas que proporciona el artículo 4 del Código Civil.”¹

Pero en el ámbito judicial, debe destacarse, además, que en el ordenamiento venezolano se ha establecido un mecanismo de interpretación abstracta de las leyes, mediante la atribución al Tribunal Supremo de Justicia de la competencia para conocer de recursos autónomos de interpretación, particularmente a partir de la sanción de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976. En efecto, antes de esa fecha puede decirse que no era usual la existencia de una competencia de interpretación abstracta de las leyes,² salvo en relación con leyes específicas, como fue el caso de la Ley de Carrera Administrativa de 1970 en la cual se consagró un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación a las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación e interpretación de la misma y de sus Reglamentos, aclarándose, sin embargo, que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar³. Mediante esta norma legal se puede

¹ Consultada en original.

² Allan R. Brewer-Carías y Enrique Pérez Olivares. -El Recurso Contencioso-Administrativo de Interpretación en el Sistema Jurídico Venezolano-, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Central de Venezuela, N° 32, Caracas, 1965, pp. 103-126.

³ Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

decir que por primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación abstracta de leyes atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aún cuando en este caso, limitada al contencioso-funcionarial.

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 estableció en forma general la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema Tribunal para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales”, pero “en los casos previstos en la Ley” (Art. 42,24).⁴ Como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 1988 (Caso *Concejo Municipal del Distrito Bruzual del Estado Yaracuy*), este “medio de actuación procesal está reservado de manera exclusiva para aquellos casos en los cuales el texto legal cuya interpretación se solicita lo permita expresamente. Resulta, por tanto, impropio el ejercicio y en forma indiscriminada y general, del recurso de interpretación respecto de cualquier texto legal, si no se encuentra expresamente autorizado por el propio legislador.”⁵

Ello implicó, incluso que, con base en esta atribución, la antigua Corte Suprema de Justicia se reservara la competencia para conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa. Posteriormente, otras leyes regularon el recuso de interpretación, como sucedió, por ejemplo, con la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 148); la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976; y la Ley de Licitaciones.⁶

Siguiendo esta tradición legislativa, la Constitución de 1999 estableció como competencia del Tribunal Supremo de Justicia, el “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debía ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Más recientemente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010,⁷ en su artículo 31.5, siguiendo la orientación de la LOTSJ 2004, también atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para conocer del recurso de interpretación de las leyes, así:

5. Conocer las demandas de interpretación acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso que disponga la ley para dirimir la situación de que se trate.

Y adicionalmente, en específico a la Sala Político Administrativa la misma Ley Orgánica de 2010 le atribuyó en su artículo 26.21, competencia para conocer de “Los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo.”

Esta competencia para interpretar en abstracto la leyes atribuidas a las Salas del Tribunal Supremo, en todo caso, no sustituye la competencia de los jueces ordinarios, de manera que estos ni siquiera podrían renunciarla “ni delegar la señalada aplicación de la norma -previa su interpretación por el mismo- ni menos aún la decisión del caso concreto, en el órgano judicial al que se le hubiere dado competencia para interpretar, con carácter vinculante, sólo la norma -se insiste- sin extender su tarea al caso concreto, lo cual le está vedado.”⁸

II

Por otra parte, en material de interpretación de la Constitución, también es función de los jueces interpretarla para aplicarla en los casos concretos que deban decidir, incluso para ejercer el control difuso de la

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 27-04-82 en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 174.

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 146-147.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-08-81 en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 138. Véase artículo 78 de la Ley de Licitaciones. G.O. N° 34.528 de 10-08-90.

⁷ Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.991 de 29 de julio de 2010.

⁸ Consultada en original.

constitucionalidad de las leyes. Como es sabido, no existía en el ordenamiento jurídico venezolano un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, como el que existía respecto de las leyes. Sin embargo, y aún en ausencia de competencia constitucional en la materia, la Sala Constitucional en 2000 consideró que “no requieren los ciudadanos de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo,”⁹ procediendo entonces a crear un recurso autónomo de interpretación de las normas constitucionales, no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juridicidad¹⁰.

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 ha regulado por primera vez a nivel legislativo, la competencia expresa de la Sala Constitucional para “conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.” Esta competencia, que da origen al proceso constitucional de interpretación constitucional,¹¹ tal como se ha regulado, es mucho más amplia que la que se había venido desarrollando jurisprudencialmente, pues incluye demandas de interpretación de “normas y principios” no sólo de la Constitución, sino de las fuentes que “integren el sistema constitucional,” sin que se defina el ámbito del mismo.

Mediante este recurso, en todo caso, la Sala Constitucional tiene competencia para interpretar en abstracto la Constitución, pero no tiene competencia para interpretar en abstracto normas legales, sino como consecuencia de la interpretación que haga de normas constitucionales. Por ello, la Sala Constitucional en sentencia N° 602 de 9 de abril de 2007 (Caso: *Solicitud de interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones*) al declarar inadmisile dicho recurso de interpretación de un artículo de una ley, precisó el ámbito de su competencia reducida a interpretar el Texto Fundamental y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, lo que “es distinta a la de interpretación de ‘textos legales’” que corresponde a todas las Salas del Tribunal Supremo. Por ello, dijo la Sala, que la misma había declinado aceptar su competencia “cuando se trata de pretensiones interpretativa de textos legales,” aclarando que “no puede, entonces, sostenerse que la relación de una norma legal con las normas constitucionales sea fundamento suficiente para que esta Sala fije su sentido y alcance, pues sería tanto como desplazar a ella la casi totalidad de las acciones autónomas de interpretación.”¹²

El principio general en esta materia es que los Tribunales Constitucionales como la Sala Constitucional, son intérpretes de la Constitución y no de las leyes, excepto cuando lo hacen en conexión con la Constitución. Esto es, la interpretación de leyes por los Tribunales Constitucionales sólo puede realizarse mediante la interpretación de la Constitución, sea declarando la inconstitucionalidad de la ley, declarando sin lugar la acción de inconstitucionalidad, estableciendo una interpretación conforme con la Constitución, o en el caso venezolano, mediante un recurso abstracto de interpretación constitucional. La función de los Tribunales Constitucionales no es entonces interpretar las leyes aisladamente, sin interpretar la Constitución, siendo esta tarea la que normalmente corresponde a los jueces. En este sentido, por ejemplo, Iván Escobar Fornos ha señalado que “el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad...La tarea de interpretar la ley corresponde a la justicia ordinaria...El juez constitucional no tiene competencia para interpretar, corregir y aplicar la ley directamente, sin contrastarla con la Constitución.”¹³ En esos casos, el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución y

⁹ Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (N° 1347), 21-11-00 (N° 1387), y 05-04-01 (N° 457), entre otras.

¹⁰ Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00 (Caso: *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

¹¹ Véase sobre el recurso Allan R. Brewer-Carías, -Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla-, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris 2007, pp. 61-70

¹² Consultada en original.

¹³ See Iván Escobar Fornos, -Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua-, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, pp. 104; y *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 497.

la ley, pero la interpretación aislada de la ley sin interpretar la Constitución, no es más que una reforma legislativa de un texto legal realizada por el Tribunal Constitucional. Como lo ha explicado Francisco Díaz Revorio:

“para que una sentencia interpretativa se mantenga dentro de las funciones del Tribunal Constitucional es preciso que la interpretación o el contenido normativo que el Tribunal establece como conforme a la Constitución, sea realmente consecuencia de las exigencias constitucionales, y no una ‘nueva’ norma carente de fundamento constitucional.”¹⁴

Ahora bien, en la misma sentencia N° 609 de 9 de abril de 2007, la Sala Constitucional aclaró que incluso en los casos de recursos de interpretación de textos legales, a los efectos de determinar la competencia de la Sala respectiva, lo relevante era “precisar la ‘materia’ que regula la norma en cuestión, es decir, el ámbito de relaciones sobre las que incide (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, por citar parte de una clasificación tradicional de relaciones inter-subjetivas regidas por el derecho).” Por tanto, en el caso concreto decidido, tratándose de una norma que regulaba el arbitraje respecto de inversiones extranjeras, la Sala lo consideró como un asunto de derecho público declinando la competencia en la sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo.¹⁵

III

Sin embargo, la Sala Constitucional no ha sido consecuente ni con los principios fundamentales en la materia ni con su propia doctrina jurisprudencial, y en evidente fraude a la Constitución, ha distorsionado su propia competencia y la competencia de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, asumiendo directamente la interpretación de textos legales sin interpretar normas constitucionales o supuestamente “interpretando” normas constitucionales que no requieren de interpretación alguna.

Un caso notorio fue precisamente en relación con la interpretación del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en cuanto al consentimiento otorgado por el Estado para arbitrajes internacionales, particularmente en relación con la aplicación de la Convención del CIADI. Luego de que la Sala Constitucional había considerado que dicho artículo no era inconstitucional mediante sentencia N° 186 de 14 de febrero de 2001, y que además, en 2007 había declinado en la Sala Político Administrativa mediante la citada sentencia N° 609 de 9 de abril de 2007, la competencia para conocer de la interpretación de dicha norma y que esta última Sala declarara inadmisibles las solicitudes de interpretación por falta de legitimación (sentencia N° 927 de 5 de junio de 2007), la Sala Constitucional, al año siguiente, procedió a interpretar la norma a solicitud esta vez del Procurador General de la República con la excusa de interpretar el artículo 258 de la Constitución, que por su texto, no requería de interpretación constitucional alguna. En efecto, el artículo 258 de la Constitución dispone que “la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos,” configurándose como una norma orientadora de la acción legislativa, perfectamente clara con nada oscuro, ambiguo o inoperante, por lo que era obvio que el verdadero propósito del recurso de interpretación constitucional formulado por los representantes de la República de Venezuela, no era obtener una interpretación aclaratoria de dicho artículo constitucional, sino mas bien, la utilización de este recurso de interpretación constitucional como un vehículo para obtener una interpretación de orden legal, del Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, en el sentido de que el mismo no contenía una oferta pública y unilateral del Estado para someter a arbitraje internacional ante el CIADI controversias relativas a inversiones internacionales, respecto de lo cual nada decía, ni por asomo, el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones. En particular, el Procurador General de la República al formular su solicitud de interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución lo que en realidad solicitó fue una declaración de que el “Artículo 22 de la Ley de Promoción y protección de Inversiones no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional” y que dicha norma del artículo 22 “no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente.”¹⁶

¹⁴ See Francisco Javier Díaz Revorio, -Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional-, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 296-297.

¹⁵ Consultada en original.

¹⁶ Véase las transcripciones del texto de la solicitud del Procurador en la sentencia Decisión N° 1.541 de 17 octubre de 2008 en *Gaceta Oficial* N° 39.055 de 10 de noviembre de 2008, p. 365.483.

La Sala Constitucional, dictó rápidamente decisión en la materia, la N° 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, para lo cual observó que la Constitución de 1999 efectivamente permitía a la República poder dar su consentimiento unilateral para someter disputas relativas a inversiones extranjeras a arbitraje internacional.¹⁷ Sin embargo, en relación con el artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, pasó la Sala Constitucional a interpretar la norma, tal como lo había sido solicitado el procurador, indicando que la misma no constituía tal expresión de consentimiento unilateral.¹⁸ La decisión contó con un Voto Salvado, del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien también había disentido de la decisión de la misma Sala al admitir el supuesto recurso de interpretación constitucional, en el cual enfatizó que la Sala Constitucional para dictar su decisión había actuado *ultra-vires* cuando se involucró en la interpretación de un texto legal (Artículo 22),¹⁹ argumentando que el Artículo 258 no planteaba ninguna duda razonable que requiriera interpretación, pues se trataba únicamente de un exhorto al legislador para que promoviera el arbitraje. El magistrado disidente consideró con razón que la solicitud de interpretación en cuestión lo que tenía por objeto era obtener de la Sala Constitucional un dictamen u opinión jurídica, configurándose ello como una especie de control *a priori* judicial sobre la actividad del Legislador, que no existe en Venezuela, buscando en definitiva el ejercicio de la función legislativa por la Sala Constitucional. Para ello, señaló el magistrado disidente que la decisión de la Sala no interpretó ni aclaró el Artículo 258 de la Constitución, que fue lo que motivó el recurso del procurador, pues era evidente que este precepto era claro y no generaba duda alguna. En esta forma, consideró el magistrado disidente que la Sala Constitucional se había excedido en el ejercicio de su competencia al involucrarse en la interpretación del Artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, lo que es de competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como la misma Sala lo había decidido previamente, contradiciendo su propia jurisprudencia. Por ello, el Magistrado disidente señaló que en definitiva la Sala Constitucional al interpretar el Artículo 22 de la mencionada Ley había ejercido una “función legislativa,” es decir, había actuado como legislador Positivo, al establecer, mediante un procedimiento de revisión judicial *a priori*, reglas que el Legislador debe seguir en el futuro con el fin de expresar el consentimiento del Estado al arbitraje internacional mediante una ley.²⁰

En este caso se trató, en consecuencia, de la utilización indebida de un recurso de interpretación constitucional interpuesto a requerimiento del Procurador para interpretar una norma constitucional (artículo 258) que no requiere interpretación, con la excusa de interpretar una norma legal aisladamente. Se trató de una manipulación fraudulenta de lo que resultó la usurpación por parte de la sala Constitucional de la competencia de la Sala Político Administrativa para interpretar las leyes.

IV

Pero en un caso más reciente, la misma Sala Constitucional ha usurpado de nuevo las competencias de interpretación de la Sala Político Administrativa en materia de interpretación de leyes, pero esta vez ejerciendo la competencia que el artículo 266.6 de la Constitución atribuye a todas las Salas para interpretar las leyes, pero con la excusa de que para ello necesitaba interpretar unas normas constitucionales, lo cual no era cierto. La Sala Constitucional, en definitiva, calificó un recurso de interpretación de leyes como un recurso de interpretación constitucional, para despojar a la Sala Político Administrativa de su competencia para decidir, interpretando leyes sin interpretar la Constitución para resolver situaciones de hecho concretas.

En efecto, un grupo de ciudadanos que se atribuyeron el carácter de funcionarios de la Alcaldía Metropolitana de Caracas, “asistidos” por una Organización No Gubernamental, “Quinto Mandamiento de Derechos Humanos,” formularon un recurso de interpretación conforme al artículo 266.6 de la Constitución referido a la interpretación de artículos de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, la Ley Especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y la Ley Especial del régimen municipal a dos niveles del Área Metropolitana de Caracas,” alegando que a pesar de estar trabajando en la Alcandía del Distrito Metropolitano de Caracas, no habían recibido remuneración y estaban fuera del presupuesto, pues se consideraba que estaban asignados al gobierno del Distrito Capital. Alegaron que, al ser excluidos de la nómina de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, se estaba violando derechos económicos, sociales,

¹⁷ Decisión N° 1.541 de 2008, pp. 365.486 y 365, 492.

¹⁸ Id., pp. 365.495-365.497.

¹⁹ Voto Salvado, Decisión N° 1.541 de 2008, p. 365.498.

²⁰ Voto Salvado, Decisión N° 1.541 de 2008, p. 365.498.

laborales contenidos en la Constitución y en pactos internacionales. Posteriormente, los abogados asistentes, en otro escrito copiaron los artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que se refieren a la organización municipal y a los distritos metropolitanos indicando que “*por vía de consecuencia estas normas constitucionales deben ser interpretadas en concordancia con...*” “las leyes que fueron objeto del recurso. La Sala Constitucional en decisión N° 797 de 22 de julio de 2010 (Caso *Quinto Mandamiento de derechos Humanos*),²¹ invirtió los términos de la solicitud y supuestamente procedió a interpretar los referidos artículos 169, 171 y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que se refieren a la organización municipal y a los distritos metropolitanos, “*en concordancia con* el artículo 5 de Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, de los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, y de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas”.

Las disposiciones constitucionales cuya interpretación se solicitó por vía de consecuencia de la interpretación de unas normas legales, fueron el artículo 169, que se refiere a la *legislación que debe regir la organización de los municipios*; e artículo 171, sobre la *organización de distritos metropolitanos*; y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, sobre el *régimen del Distrito Capital*. Y las disposiciones legales que supuestamente “por vía de consecuencia” se solicitó se interpretasen fueron, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas, que estableció el régimen de los derechos laborales del personal al servicio del Distrito Metropolitano de Caracas, que debían ser garantizados autoridades del Área Metropolitana de Caracas; el artículo 5 de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, sobre el régimen de transferencia de funcionarios a ser transferidos; y los numerales 4 y 5 del artículo 9 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, los cuales indican, sobre las competencias del Jefe de Gobierno de Distrito Capital en materia reelaboración del presupuesto. El objeto de la interpretación solicitada en definitiva era que se estableciera “a quién de los entes involucrados, correspondía asegurarles su estabilidad laboral, sus derechos laborales y correspondientes pagos.”

La Sala comenzó su decisión recordando su propia competencia para conocer el recurso de interpretación constitucional que ella misma había creado (sentencia N° 1.077 del 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León*), precisando además, la competencia que en materia de interpretación de leyes que “corresponde a cada una de las Salas del Tribunal Supremo según la materia afín al objeto del mismo y las competencias atribuidas a cada una de éstas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”

Luego observó que como la Sala tiene el monopolio competencial para el conocimiento de las acciones de interpretación sobre el alcance e inteligencia de normas constitucionales, como ocurre en el caso sometido a su conocimiento, en el cual se solicitó la interpretación de los artículos 169, 171 y de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aún cuando “por vía de consecuencia” se haya solicitado la interpretación de “normas legales de desarrollo de dichos preceptos constitucionales,” la competencia entonces de la propia Sala Constitucional, y así lo declaró en el caso “conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el criterio jurisprudencial expuesto (caso: *Servio Tulio León*), y a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su primer aparte.” El artículo 5.52, sin embargo, no regula recurso de interpretación constitucional alguno sino más bien un recurso de interpretación de leyes atribuyendo el conocimiento a todas las Salas con competencia afín a la materia debatida.

En la sentencia, en todo caso, lo que hizo la Sala Constitucional fue sólo interpretar las normas legales mencionadas, a lo cual se dedicó toda la decisión, glosándolas e interpretándolas, sin siquiera mencionar las normas constitucionales mencionadas, concluyó simplemente diciendo que “conforme a la interpretación de las normas constitucionales antes realizada, en concordancia con las leyes de desarrollo citadas, el personal adscrito a la distintas dependencias administrativas del Distrito Metropolitano de Caracas permanecerán funcional o laboralmente en dicho ente público municipal, debiendo sus autoridades garantizar su estabilidad, para lo cual ajustarán su estructura orgánica y funcional, al caso.” Para ello, se insiste, la Sala no interpretó ni hizo análisis alguno de las normas constitucionales cuya “interpretación se solicitó,”

²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/797-22710-2010-10-0252.html>

sino que se limitó a resolver la cuestión de hecho que se le había planteado con motivo de aplicar unas normas legales. No hubo por tanto interpretación constitucional alguna que “por vía de consecuencia” pudiera conducir a lo decidido sobre las normas legales.

En definitiva, en esa forma, la Sala concluyó que en virtud de que la Comisión de Transferencia (prevista en Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital) no transfirió la Secretaría de Infraestructura del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, la dependencia administrativa en la cual laboraban los solicitantes “queda adscrita al primero de los mencionados, motivo por el cual, ese ente metropolitano municipal debe garantizar la estabilidad de todo el personal que labora en la referida dependencia. Así se declara.”

Luego pasó la Sala a considerar la “denuncia de orden social” que manifestaron los recurrentes, a quienes se les había “negado la prestación efectiva de servicio y el sueldo o salario que les corresponde,” de lo cual dedujo que “el punto a dilucidar en la presente interpretación constitucional y, en concordancia con lo alegado por los accionantes, consiste en determinar si a empleados como ellos, que pertenecen a la nómina del Distrito Metropolitano de Caracas, y cuya dirección no ha sido eliminada ni traspasada al Distrito Capital, tienen derecho a seguir percibiendo sus sueldos o salarios y demás beneficios laborales.” Apreció entonces la Sala que en las normas legales cuya interpretación se solicitó, en cierta forma se regula la relación funcional o laboral de los empleados del Distrito Metropolitano de Caracas y del Distrito Capital, y que dada la cuestión social envuelta debía decidir con la mayor celeridad y estando “probada la relación de empleo, no puede el Distrito Metropolitano de Caracas dejar de cumplir sus obligaciones sin violar los derechos funcionariales o laborales de su personal,” resolviendo “la interpretación solicitada y, en consecuencia, interpreta las referidas disposiciones en el sentido de que los funcionarios recurrentes siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes.”

El tema que resalta no es por supuesto la preocupación de la Sala Constitucional por resolver un problema de orden laboral de unos funcionarios públicos, por más loable que sea; sino que la vía escogida para ello no es la que está acorde con lo que significa una interpretación abstracta de la Constitución, en caso de oscuridad o incongruencias de normas constitucionales. En la sentencia, no se interpretó en forma alguna las normas constitucionales citadas, sino que, abusando de su potestad de interpretar la Constitución, lo que se resolvió fue una cuestión de hecho laboral concreta con base en la aplicación de unas normas legales, tarea judicial que no corresponde a la Sala Constitucional, sino a otros tribunales.

V

Esta usurpación de las funciones del juez ordinario por parte de la Sala Constitucional fue destacada por el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien en su Voto Salvado a la sentencia, constató que la petición de interpretación en efecto tenía por objeto sólo normas legales, de manera que “las constitucionales apenas fueron mencionadas,” por lo que la Sala lo que debió fue declarar su incompetencia pues lo que se pretendía era una interpretación de normas de rango infraconstitucional, y remitir el asunto al conocimiento de la Sala Político-Administrativa.

El Magistrado disidente, con razón, le observó a la Sala que no podía “pasarse por alto la mención con la que puede presumirse que la mayoría quiso evadir este insalvable escollo: que la transferencia de bienes, recursos y dependencias del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital *“se reguló vía legal, pero bajo fundamento constitucional”*, como si todas las leyes no tuviesen que regular la materia que sea su objeto *bajo fundamento constitucional*, o no fuesen todas leyes de desarrollo constitucional.”

Más grave aún fue la observación que hizo el Magistrado disidente en el sentido de que el dispositivo de la sentencia nada tuvo que ver con interpretación constitucional alguna, lo que se revela del propio contenido de la sentencia reducido a declarar que *“resuelve la interpretación”* en el sentido de que *“los funcionarios recurrentes (sic) siguen siendo trabajadores de la Alcaldía Metropolitana de Caracas y por ende acreedores de todos los beneficios laborales inherentes”*, lo cual, “como es obvio, es un hecho que no se desprende en forma alguna de los artículos 169 (legislación municipal; su organización, gobierno y administración), 171 (legislación en materia de distritos metropolitanos) o la Disposición Transitoria Primera (deber de la Asamblea Nacional de aprobar la ley especial sobre el régimen del Distrito Capital) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disposiciones respecto de las cuales no se pronunció la existencia de alguna oscuridad u ambigüedad, que fue el fundamento de la petición.”

La controversia sometida irregularmente al conocimiento de la Sala Constitucional, en este caso, en definitiva, como lo afirmó el Magistrado disidente, no tenía por objeto obtener una declaración de certeza sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales que le presenten dudas, la cual supuestamente como se afirmó en la sentencia, “no beneficiará a un particular o a una relación jurídica determinada, sino al colectivo,” sino dando por probado hechos fundamentales no comprobados y más bien cuestionados en autos, resolver una “controversia, cuya resolución no corresponde a una interpretación, por cierto, ni constitucional ni legal, porque no es asunto de mero derecho sino estrictamente fáctico: ¿fueron transferidos o no la Secretaría de Infraestructura y los recursos que le corresponden del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital?”

En esta forma, una vez más, la Sala Constitucional ilegítimamente distorsiona su competencia para interpretar normas y principios constitucionales, procediendo pura y simplemente a interpretar normas de rango legal, violando elementales normas del debido proceso, resolviendo controversias de hechos cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios. Con ello, en definitiva, lo que ha hecho el juez constitucional es actuar como “legislador positivo”.

27. DE LA CASA DE CRISTAL A LA BARRACA DE ACERO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

Revista de Derecho Público, N° 123, julio-sept. 2010,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 197-206

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar la sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 745 de 15 de julio de 2010 (Caso Asociación Civil Espacio Público), en la cual se negó sin fundamento alguno el acceso a la información administrativa sobre remuneraciones pagadas por la Administración a sus funcionarios públicos (nada menos que respecto del Contralor General de la república), considerando que se debía “proteger” el derecho a la privacidad o “intimidación económica” de los mismos.*

I. SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se atribuye al Juez Louis Brandeis de la Suprema Corte de los Estados Unidos, refiriéndose al tema de la ausencia de transparencia en la Administración Pública y sus consecuencias en materia de corrupción, haber considerado al hablar de la publicidad con razón, que “la luz del sol es el mejor desinfectante,”¹ es decir, la transparencia

Y este es el principio que se puede apreciar en las sociedades democráticas contemporáneas, al configurarse el principio de la libertad de información y del derecho de acceso a la información como instrumentos para fortalecer la democracia y promover eficiencia y eficacia en la Administración, de manera que incluso frente a la duda, debe siempre prevalecer la apertura frente al secretismo. Ello implica que lo confidencial en el seno de la Administración debe quedar reducido a la mínima expresión, en materias sólo vinculadas, por ejemplo, con la seguridad de la nación.

Este concepto de la transparencia en el Gobierno responde a la idea política figurada en torno al principio de la denominada “casa de cristal” (*la maison de verre*), que después de muchos años de opacidad administrativa, comenzó a desarrollarse vinculada al simbolismo de lo visible, lo asequible y lo transparente, contrario a lo cerrado, misterioso, inasequible o inexplicable. Es decir, lo abierto y transparente, como sensación de tranquilidad y serenidad que resulta de lo dominado o racionalizado, y que es lo contrario a la angustia y la perturbación causadas por lo que es misterioso y desconocido.²

Este concepto de transparencia ha sido uno de los elementos clave que, en la evolución de la Administración Pública en el mundo democrático moderno, ayudaron a la transformación del Estado Burocrático tradicional en el Estado Administrativo y Democrático de nuestros tiempos, más dedicado a los ciudadanos que al Monarca o a la burocracia. Por ello, la Constitución de 1999 dice: “La Administración está al servicio de los ciudadanos” y entre otros, se fundamenta en el principio de la transparencia. (artículo 141).

En cambio, aquel Estado Burocrático era el caracterizado por Max Weber como la organización que trataba “de incrementar la superioridad del conocimiento profesional de las autoridades públicas, precisamente a través del secretismo y de la confidencialidad de sus intenciones”. Por eso, dijo Weber, los gobiernos burocráticos, debido a sus tendencias, son siempre “gobiernos que excluyen la publicidad”.³

Al contrario, en el mundo contemporáneo, la franqueza, la apertura y la transparencia son la regla; por lo que, decisiones como la adoptada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 745 de

¹ Véase Louis Brandeis, -What publicity can do?, -en Harper's Weekly December 20, 1913

² Véase Jaime Rodríguez-Arana, -La transparencia en la Administración Pública,- en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, Oñati 1995, p. 452.

³ Véase Max Weber, *Economía y Sociedad*, Vol. II, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 744.

15 de julio de 2010 (Caso *Asociación Civil Espacio Público*),⁴ negando el acceso a la información administrativa sobre remuneraciones pagadas por la Administración a sus funcionarios públicos, para “proteger” el derecho a la privacidad o “intimidad económica” de los mismos, y por considerar no acreditado el propósito para el cual se requería la misma, es un retroceso en lo que ha sido un progresivo proceso de configuración de la Administración como una “casa de cristal,” buscando con esta lamentable decisión, su sustitución por una Administración que podría ser una “barraca de acero,” rodeada de secretos e impenetrable.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA APERTURA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sin embargo, antes de analizar esa “desafortunada” decisión, estimamos que resulta necesario analizar algunos antecedentes legislativos contemporáneos sobre el tema, para situarnos en su significado.

Finlandia fue el primer país que después de la Segunda Guerra mundial adoptó en 1951 un estatuto sobre el acceso a la información pública,⁵ lo cual fue seguido en 1966 por los Estados Unidos cuando se aprobó la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública conocida como la *Freedom of Information Act (FOIA)* (Ley de libertad de información). El origen común de ambas legislaciones fue que su promulgación se debió a la iniciativa de los propios órganos legislativos, como parte de un activismo legislativo desplegado frente a los Poderes Ejecutivos con el objeto de imponer políticas de transparencia, habiendo sido en ambos casos, promovida por los partidos de oposición a los gobiernos de la época en cada país.⁶

Más recientemente, en México, en 2002, pero aprobada tras varias iniciativas de ONGs, como el Grupo Oaxaca y basada en un proyecto del Poder Ejecutivo, se sancionó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Gubernamental Pública;⁷ y más importante, con la gran diferencia de que en este caso de México, la legislación estaba destinada a garantizar la aplicación de un derecho constitucional que había sido incorporado en la Constitución mexicana en una Enmienda de 1977, que había establecido el derecho de los ciudadanos a la información.

En efecto, en la Constitución mexicana, en contraste con la Constitución de los Estados Unidos en la que nada se puede encontrar que permita identificar un derecho fundamental a tener acceso a la información pública, el artículo 6 establece el derecho de todo ciudadano a la información que el “Estado garantizará” (artículo 6). Por ello, basado en este derecho constitucional y en relación con la información pública, 15 años más tarde se sancionó la mencionada Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Gubernamental Pública, la cual tiene por objeto contribuir a la democratización de la Sociedad mexicana y garantizar la aplicación eficiente del Estado de derecho; garantizar el derecho de todos de tener acceso a la información; buscar la transparencia del servicio público por medio de la difusión de información pública; reforzar la posibilidad de responsabilidad pública; y proteger la datos personales contenidos en los registros públicos (artículo 6)

Además, y para ampliar el rango de su protección, la Ley Federal dispuso expresamente que el derecho de tener acceso a la información pública debía ser interpretado no solo en conformidad con la Constitución, sino también con lo previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en la Convención Americana de los Derechos Humanos; en la

⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

⁵ En 1766, en Suecia se aprobó una ley sobre el mismo tema de acceso a la información.

⁶ En cuanto a la FOIA, su origen resulta de la creación, durante la década de los cincuenta, de Comisiones de Senadores y Representantes para resolver la falta de acceso efectivo a la información de acuerdo a las provisiones de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), las cuales, a pesar de ser muy importantes en su momento, fueron descritas por el Representante John E. Moss, como parte de la -teoría burocrática- que permitía que cada entidad pública decidiera qué tipo de información debía llegar al público. Véase Pierre-Francois Divier, -Etats-Unis L'Administration Transparente: L'accès des citoyens américains aux documents officiels,- en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, N° 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1975, p. 64; Miguel Revenga Sánchez, -El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano-, Ariel, Madrid 1995, p. 153). Luego la FOIA fue reformado en 1974 y en 1976 para hacerla más eficiente. Durante los mismos años, luego de los escándalos de *Watergate* y los *Pentagon Papers* (documentos del Pentágono), se aprobaron dos nuevas leyes: la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act*. Véase James Michael, -Freedom of information in the United States- en *Public access to government-held information* (Norman Marsh Editor), Steven & Son LTD, Londres 1987.

⁷ Algunos artículos de la Ley fueron reformados en 2006.

Convención para la eliminación de cualquier tipo de discriminación contra la mujer, y en los otros instrumentos internacionales ratificados por México (artículo 6); y además, conforme a la interpretación dada por las instituciones internacionales especializadas, como por ejemplo, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.⁸

Con esta legislación tendiente a implementar una política de transparencia y apertura, puede decirse que México comenzó a resolver el permanente conflicto entre “secretismo” y “apertura” que todas las Administraciones Públicas han experimentado; y que ha existido, no solo en forma estructural conformando el secretismo atávico que durante tantos años han sido la regla, y no la excepción, en muchas de las Administraciones Públicas de Latinoamérica; sino también en forma circunstancial, en situaciones particulares que se han desarrollado, por ejemplo, como consecuencia del síndrome del espionaje de la post-guerra que marcó la era de la Guerra Fría, o de la lucha contra el terrorismo como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001.⁹

Para imponer la transparencia y garantizar el derecho de tener acceso a la información pública, la Ley Federal de Transparencia mexicana del año 2002, definió también una presunción a favor de la publicidad, estableciendo el principio de que la interpretación de sus normas deben siempre ser realizadas en las entidades públicas en favor del “principio de mayor publicidad,” es decir, lo contrario al secretismo.

El resultado de este proceso inicial también fue la aprobación, en 2007, de una nueva Enmienda constitucional sobre el mismo artículo 6 de la Constitución para agregar a la declaración inicial del derecho a la información, que el Estado debe garantizar, también con rango constitucional en todas las agencias y entidades públicas la presunción de publicidad antes mencionada, es decir, el principio de que toda información que esté en manos de cualquier autoridad o entidad pública debe considerarse cómo de carácter público, siendo la excepción de esta regla, su declaración temporal como reservada basada en motivos de interés público. Es por ello que, en la interpretación del derecho constitucional a la información, la Ley Federal de 2002 establecía el principio de que la mayor publicidad siempre debe prevalecer.

Los otros principios que se incluyeron en la Enmienda constitucional mexicana de 2007, que ya había desarrollado en la Ley Federal, fueron la previsión expresa del derecho de todos de que toda información relacionada con la vida privada y los datos personales esté debidamente protegida; y el derecho de tener acceso sin costo alguno, a la información pública relativa a los datos personales y a su rectificación. Para ello, la legislación debe establecer los medios adecuados para garantizar el acceso a la información y también procedimientos simples y expeditos de revisión ante entidades imparciales, autónomas y especializadas.

En todo caso, la legislación mexicana del año 2002 no fue el primer estatuto en esta materia en América Latina. En 1985, en Colombia se promulgó la Ley N° 57 sobre la publicidad de documentos oficiales y administrativos, y en enero de 2002, antes de la Ley mexicana, se aprobó en Panamá la Ley N° 6 sobre las previsiones para la transparencia en la gestión pública y sobre acciones de habeas data. Además de estos casos, el hecho es que en todas las otras leyes aprobadas en América Latina durante los últimos años, la Ley Federal mexicana ha tenido una influencia definitiva en su redacción en lo que se refiere a la

⁸ Esta declaración tan importante de sometimiento a las reglas y principios internacionales, inherentes de un gobierno democrático, contrastan con la situación que se presenta en otros países como Venezuela, donde desafortunadamente, el Tribunal Supremo de Justicia no solo ha sentenciado que en material de libertad de expresión las Recomendaciones de la Comisión Inter-Americana no son obligatorias en el país, sino que las propias decisiones de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos no son ejecutables en el país. Esta decisión fue dictada por la sala Constitucional del Tribunal Supremo en diciembre de 2008, en relación con la decisión de la Corte Inter-Americana de Derechos humanos del 5 de Agosto de 2008; emitida en el Caso *Apitz Barbera y otros (-Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-) vs. Venezuela*, en el cual la Corte sentenció que el Estado venezolano había violado las garantías jurídicas de varios jueces que habían sido removidos, establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, condenando al Estado a pagarles la compensación debida, a reincorporarlos en cargos similares en el Poder Judicial, y a publicar parte de la decisión en los periódicos venezolanos (Véase decisión en Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr). Sin embargo, el 12 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia emitió la decisión N° 1939, (Expediente: 08-1572), Caso: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, declarando que la decisión antes mencionada de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, del 5 de agosto de 2008, era inejecutable en Venezuela; instando al Ejecutivo a denunciar a la Convención Americana de Derechos Humanos y acusando a la Corte Inter-Americana de haber usurpado los poderes del Tribunal Supremo.

⁹ Véase Sheryl Gay Stolberg -On First Day, Obama Quickly Sets a New Tone-, *The New York Times*, 22 de febrero de 2009, p. A1

transparencia y al derecho al acceso a la información pública.¹⁰ Ese ha sido el caso, por ejemplo, de los estatutos aprobados en el Perú en 2003 (Ley N° 27.806 de Transparencia y el acceso a la información pública); en Ecuador en 2004 (Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública), y el mismo año en la República Dominicana (Ley General N° 200-04 del Libre acceso a la información pública); en Honduras, en 2006 (Ley de Transparencia y acceso a la información pública); en Nicaragua en 2007 (Ley N° 621-2007 de acceso a la información); y en Chile (Ley de Transparencia y acceso a la información), en Guatemala (Ley de acceso a la información pública), y en Uruguay (Ley N° 18381 de acceso a la información pública y del *amparo informativo*), durante el año 2008.

Para promover la transparencia de las funciones administrativas dentro de todas las entidades públicas, todas estas Leyes establecen el derecho al acceso de información como un derecho fundamental de todos los ciudadanos; presumen expresamente que toda información emitida por las entidades públicas debe considerarse como de carácter público, con la excepción de los documentos confidenciales o aquellos declarados como reservados; casi todas establecen la presunción del silencio positivo ante la ausencia de respuestas expeditas a las solicitudes de información; y obligan a las entidades públicas a publicar la información concerniente a su organización o a su funcionamiento. Sin embargo, en muchas de estas leyes, y partiendo del precedente mexicano, también se establecen provisiones específicas para la protección judicial del derecho al acceso a la información, a través de la acción de habeas data, que se configura como una especie de amparo informativo, como se lo define en el derecho uruguayo.

En efecto, a pesar de que México es la cuna de la acción de amparo, en lo que respecta al derecho al acceso a la información y a su protección judicial, en contraste con el régimen establecido en los otros países Latinoamericanos, ni en la Constitución y en la Ley Federal se reguló la acción de habeas data; es decir, el medio judicial específico diseñado para garantizar la protección de los derechos a la información sin necesidad de agotar, previamente, cualesquiera recursos de revisión administrativa. Esta acción específica de habeas data, establecida originalmente para la protección de datos personales y progresivamente ampliada para la protección del derecho de acceso a la información pública, ha sido prevista en las Constituciones de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, en paralelo a los otros medios judiciales para la protección de los derechos humanos, como el amparo y las acciones de habeas corpus. En otros países, aún sin fuente constitucional, dicha acción de habeas data ha sido establecida por ley (Panamá, Uruguay).

Por otra parte, también se debe mencionar que el importante paso tomado en México en el año 1977, para garantizar en el texto constitucional el derecho a la información y al acceso a ella (artículo 6), ha sido seguido por algunos países latinoamericanos. Este es el caso de la Constitución de Brasil de 1988, la cual contiene una declaración sobre la garantía del “derecho de todos al acceso a la información” (artículo 5, XIV).

En Colombia, la Constitución de 1991 solo establece el derecho al acceso a los documentos públicos, como un derecho de los partidos políticos de oposición (artículo 112); y en Perú, la Constitución de 2000, establece el derecho de todos a solicitar a las entidades públicas, la información necesaria, sin expresar ningún motivo en particular, y a recibirla dentro del plazo establecido por la ley. Solo la información referente a asuntos privados, y aquella establecida expresamente por la ley por razones de seguridad, está excluida; y los servicios de información no pueden suministrar información que pueda afectar la intimidad personal o familiar (artículos 2, 5 y 6).

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN VENEZUELA Y SUS LÍMITES POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

En el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, el artículo 143 consagra el derecho ciudadano a la información administrativa, es decir, el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, derecho que está sometido sólo a los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Fue con base en este derecho, que una Asociación Civil (Asociación Civil Espacio Público), solicitó información en 2008 y 2009 ante la Contraloría General de la República sobre “el salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal

¹⁰ La Ley Federal también tuvo mucha importancia en la redacción de la legislación de los Estados de la federación.

de la Contraloría General de la República,” habiéndole informado el órgano contralor que lo solicitado implicaba una invasión a la esfera privada de los funcionarios públicos y que con ello se violaría el derecho al honor y privacidad consagrado en el artículo 60 de la Constitución.

Ante esa negativa, la Asociación intentó una acción de amparo constitucional por considerar que la Contraloría había violado el derecho de acceso a la información pública, argumentando que “...para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuenta, es necesario la publicidad de los recursos que se administran, incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que éstos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por los ciudadanos, en consecuencia, el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos escapa de la esfera privada de los mismos y no se viola el derecho a la intimidad con la solicitud de dicha información,” considerando que no era “suficiente negar la información solicitada alegando simplemente la privacidad de los funcionarios...”.

Además, alegó la Asociación accionante que en esta materia de “supuesta violación al derecho a la intimidad de los funcionarios mediante la solicitud de la información sobre sus remuneraciones, es necesario distinguir entre la protección de la honra y privacidad de un ciudadano común y un funcionario público, ya que, si bien los funcionarios públicos se encuentran también protegidos por el derecho a la intimidad y al honor, existe un umbral distinto de protección.”

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 745 de 15 de julio de 2010 (Caso *Asociación Civil Espacio Público*),¹¹ declaró sin lugar el amparo solicitado, con base en los siguientes argumentos:

En **primer lugar**, la Sala tras admitir el “reconocimiento constitucional que se le ha dado en la Carta Magna al novísimo derecho de la ciudadanía a solicitar información y a ser informada oportuna y verazmente sobre asuntos de interés público,” que consideró estaba “legitimado en función del principio de transparencia en la gestión pública, que es uno de los valores expresamente establecidos en el artículo 141 de la Constitución;” destacó la ausencia de ley expresa que haya determinado “cuáles son los límites aceptables del ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada; o en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto,” es decir, la ausencia de determinación legal sobre “cuál es la información que puede ser solicitada por los ciudadanos y ciudadanas, y cuál es aquella que debe ser suministrada cuando se trata de un funcionario público.”

La Sala Constitucional, sin embargo, en ausencia de la legislación mencionada, no analizó el contenido y sentido de los límites constitucionales al acceso a la información, particularmente por ejemplo, en cuanto a “la intimidad de la vida privada” que la norma busca proteger, y que está destinada básicamente a preservar la intimidad de la vida privada de los ciudadanos que pudiera quedar expuesta en informaciones administrativas contentivas de data sobre las personas; o de los funcionarios, en los aspectos de vida privada que nada tienen que ver con la gestión pública o con el funcionamiento de la Administración, sobre los cuales no se impone la transparencia, como por ejemplo, determinadas enfermedades o situaciones personales.

En **segundo lugar**, en cuanto a las peticiones formuladas en ejercicio del derecho, en ausencia de la legislación necesaria, la Sala consideró que este derecho constitucional, no siendo un derecho absoluto sino sometido a “límites externos,” dispuso sin mayor argumentación, establecer:

carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que, en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.

En **tercer lugar**, en el caso concreto de solicitud de información sobre las remuneraciones de los funcionarios del órgano de control fiscal y administrativo, como es la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional procedió a establecer la “ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos,” entrando a dilucidar si “la remuneración del Contralor General de la República así como de los demás funcionarios de ese órgano contralor es una información de irrestricto acceso público; o si, por el contrario, forma parte del derecho a la intimidad de los funcionarios, y como tal, no existe la obligación de suministrarla.”

¹¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html>

Para ello, la Sala procedió a “analizar el alcance del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos como un derecho fundamental que pudiera calificarse de *inespecífico* porque se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales con ocasión del desempeño de la función pública,” y que encuentra su fundamento en el artículo 61 de la Constitución; y por tanto, “precisar cuál es la información que pertenece al ámbito de la vida privada; o, en términos más concretos, si la remuneración, al igual que el derecho a la imagen, libertad de expresión o el derecho a la libre orientación política, forma parte de la esfera íntima del funcionario, reconociéndose un derecho a la intimidad económica.”

Para ello, la Sala formuló una argumentación netamente formalista sobre si existe o no una ley que obligue a hacer públicas las remuneraciones de los funcionarios; argumento inútil por lo demás, pues si la ley estableciera esa obligación, y las remuneraciones de los funcionarios fueran públicas, no fuera necesario formular petición alguna sino consultar las fuentes públicas.

Sin embargo, la Sala lo que argumentó fue que en Venezuela:

no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno, en cambio en otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, la gran mayoría de los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos está señalada bien de manera global en las partidas presupuestarias que se incluyen anualmente en la Ley de Presupuesto, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal; o bien en los Manuales de Cargos y Salarios, en los que no se distingue a qué funcionario en concreto le pertenece la remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo.

Por otra parte, el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios.

Luego pasó la Sala a argumentar sobre el interés que puedan tener los solicitantes en requerir la información administrativa a la cual tienen acceso los ciudadanos, aspecto que no toca, en absoluto, la norma constitucional del artículo 143, indicando que en el caso, la parte accionante no habría acreditado “cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública,” considerando entonces que no parecía “proporcional la magnitud de la información solicitada en pro de la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada,” considerando entonces la Sala Constitucional que en el caso, no existía “un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscrito al órgano contralor” declarando improcedente la acción *in limine litis*.

La sentencia tuvo un voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en el cual al contrario expresó que no le cabía duda “acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su pertenencia al ámbito del derecho a la información de los ciudadanos, en relación con el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública (artículo 141, Constitución)”, precisamente “como indicador de transparencia y como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución.” Para reafirmar su criterio, el Magistrado disidente hizo referencia a una importante ley dictada por uno de los Estados de la federación, el Estado Miranda, única en su carácter en el ordenamiento jurídico venezolano, que es la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda* de 2009,¹² en la cual se clasifica como información pública y, por tanto, de acceso público, entre otros datos, el salario de sus funcionarios; siendo ello la tendencia en otros ordenamientos jurídicos.¹³

¹² Véase en *Gaceta Oficial del Estado Miranda*, N° 0244 de 9 de octubre de 2009.

¹³ Como se ha resuelto en Costa Rica, en la sentencia N° 12852, Expediente: 08-010536-0007-CO, de 22-08-2008 de la Sala Constitucional, en [www.200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&nTipM=E1&nTem6=0&nValor2=421476&npgn=TES&nTermino=14486&nTem4="&nTem2=&nTem3=&nValor3=126882&nDirTe=D](http://www.200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&nTipM=E1&nTem6=0&nValor2=421476&npgn=TES&nTermino=14486&nTem4=)

IV. UNA LEGISLACIÓN REFRESCANTE POR LO TRANSPARENTE: LA LEY DEL ESTADO MIRANDA SOBRE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE 2009

En efecto, el Consejo Legislativo del Estado Miranda, en octubre de 2009, sancionó la mencionada *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda*, con el objeto de facilitar el ejercicio del derecho de todas las personas del Estado Miranda a acceder a la información pública, conforme a las garantías consagradas en la Constitución, con los siguientes objetivos: a) Facilitar el control ciudadano de la gestión pública estatal, por medio de la publicidad, transparencia y rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios y otras actividades con asignaciones públicas; b) Hacer posible la efectiva fiscalización de la gestión estatal y de los recursos públicos, mediante el control social; c) Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público estatal; d) Fortalecer la democracia y el buen gobierno, así como la plena vigencia del Estado de Derecho, a través del acceso a la información pública; y e) Facilitar la efectiva participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y la fiscalización de los actos públicos del Estado Miranda (art. 1).

A los efectos de lograr estos objetivos, el artículo 3 de la Ley como “Principio General de Acceso a la Información,” establece el derecho que tiene toda persona o grupo de personas a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna de todos los órganos, entes y personas jurídicas de derecho privado sujetos a esta Ley. Este derecho también incorpora la posibilidad de formular consultas sobre las competencias y atribuciones de los órganos y entes públicos del Estado y de los funcionarios que en ellos laboran. Para el efecto, todos los órganos y entes sujetos a esta Ley adoptarán medidas que garanticen y promuevan la producción, sistematización y difusión de la información que dé cuenta oportuna de su gestión ante los administrados.”

Por su parte, el artículo 4 de la Ley establece los siguientes “Principios de Aplicación de la Ley” que deben observarse en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública:

a) La información pública pertenece a todas las personas. Las entidades sujetas a la Ley son sus administradores y están obligadas a garantizar el acceso a la información en forma completa, veraz, adecuada y oportuna;

b) El acceso a la información pública debe ser, por regla general, gratuito a excepción de los costos de reproducción;

c) El ejercicio de la función pública estatal está sometido al principio de apertura, transparencia y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas personas jurídicas de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos;

d) Las autoridades deben interpretar y aplicar las normas de la Ley del modo que más favorezca el efectivo ejercicio del control político de las personas y del derecho que éstas tienen a participar en la gestión y fiscalización de los actos públicos; y

e) Se debe garantizar el manejo transparente de la información pública de manera que se posibilite la participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y en la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejercen el Poder Público Estatal.

La Ley del Estado Miranda, por otra parte, precisa con certeza la distinción entre información pública de libre acceso, e información personal de acceso restringido. A tal efecto, el artículo 5 define como “información pública,” toda aquella que se encuentre registrada, recabada o de alguna manera adquirida y en poder de todos los órganos y entes sujetos a la Ley, en particular, todo tipo de datos en documentos, incluyendo información contenida en expedientes, reportes, estudios, leyes, decretos, reglamentos, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directrices, circulares, contratos, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades o la actividad de los órganos y entes sujetos a la Ley y de sus funcionarios, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos pueden estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, audio, visual, digital, holográfico o registro impreso, óptico o electrónico, o en cualquier otro formato.

En cambio, conforme al artículo 6 de la Ley, se considera “Información Personal”, y por tanto, confidencial porque no está sujeta a la publicidad consagrada en la Ley, aquella referida a los datos personales cuya divulgación constituya una invasión de la intimidad personal y familiar y que tengan relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos

familiares, filiación política, creencias religiosas, actividades maritales y orientación sexual, y su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual, impreso o electrónico. Esta información personal es parte del derecho a la intimidad personal y no puede ser proporcionada a terceros sin el consentimiento escrito y expreso de la persona a que se refiere.

Por supuesto, las remuneraciones de los funcionarios públicos, conforme a la Ley del Estado Miranda, son por esencia información pública, que, además, conforme a la Ley debe estar difundida como información mínima que se regula en el artículo 25 de la Ley, en los portales y Páginas Web de los Órganos y Entes del Estado, a los efectos de que cualquier persona pueda acceder libremente a la misma. Es decir, a los efectos de que por su naturaleza contribuya a la transparencia, la rendición de cuentas sobre la utilización de los recursos públicos y la gestión del Estado, en la Ley se impone la obligación a los órgano y entes sujetos a la Ley, de publicar y actualizar mensualmente, a través de un portal de información o página Web, así como de los medios necesarios a disposición del público, la siguiente información, que para efectos de la Ley “se considera de naturaleza obligatoria: “e) Una lista de los nombres, cargos, escalafón salarial y montos de los salarios, remuneraciones u honorarios, con un desglose de su composición, de los representantes legales o titulares y de todos los funcionarios del órgano o ente, incluyendo aquellos contratados bajo las normas del Código Civil.”

Como se ve, le bastaba a la Sala Constitucional, para dilucidar sus dudas, consultar una Ley venezolana dictada por uno de los Estados de la Federación, y constatar que la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos no puede jamás considerarse como un ámbito de la intimidad económica de los mismos, y que, al contrario, son por esencia información pública de libre acceso. Y más aún, si se trata de la remuneración de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Pero no fue así, y en lugar de ver los ejemplos democráticos de “casas de vidrio” como este excelente caso de la Ley del Estado Miranda, prefirió la “barraca de acero” propia de un régimen autoritario.

28. EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

Revista de Derecho Público, N° 123, julio-sept 2010,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 207-214

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar la sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso: Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros), en la cual ilegítima y arbitrariamente le negó legitimación activa para ejercer la acción popular de inconstitucionalidad a una asociación civil, restringiendo la “popularidad” de dicha acción, por haber la referida asociación supuestamente recibido financiamiento del exterior.*

I

Uno de los instrumentos por excelencia establecidos en el ordenamiento constitucional venezolano para permitir y canalizar la participación popular en el control de la gestión de los asuntos públicos, es la posibilidad amplia que siempre se ha dado para el acceso a la Jurisdicción Constitucional, al preverse la posibilidad de que cualquier persona pueda intentar la acción, sin ningún condicionamiento relativo a la legitimación para accionar. De allí la acción popular de inconstitucionalidad que ha existido en Venezuela desde 1858, y que permite a cualquier persona poder impugnar las leyes y demás actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución por razones de inconstitucionalidad, sin que sea necesario legitimación específica alguna, salvo el simple interés en la constitucionalidad. En este sentido, Venezuela sigue la misma orientación que en Colombia, Panamá y El Salvador, de establecer la acción popular de inconstitucionalidad.

Sobre la popularidad de la acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1077 de 22 de agosto de 2001, puntualizó que implica que en nuestro ordenamiento “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,” de manera que en estos casos, el accionante es “un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley.”¹

En otra decisión más reciente N° 37 de 24 de enero de 2004, la Sala Constitucional fue aún más precisa y argumentativa en torno al carácter esencialmente popular de la acción de nulidad contra los actos de efectos generales, indicando lo siguiente:

“Nuestra legislación procesal establece, de manera verdaderamente excepcional en el Derecho Comparado, una legitimación amplísima cuando se trata de la impugnación de actos normativos, incluso de rango sub-legal. No se trata, en realidad, de una acción popular pura, en el sentido de estar reconocida a todos y, en cualquier caso, pero sí se le acerca mucho, puesto que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar.

Siendo una acción de naturaleza básicamente popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastaran exponer las razones para impugnar la norma para que el tribunal – esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante **carece del más mínimo interés**, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica.

¹ Caso: *Servio Tulio León Briceño*, Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde hacerlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verifica de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana –para el caso de la impugnación de actos normativos– hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad –no aceptada por otros sistemas jurídicos– de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad –ni siquiera probabilidad– de su existencia.”²

Este ha sido el criterio tradicional que ha caracterizado la acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela, el cual ha sido ratificado por la Sala Constitucional en sentencia N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso *Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*), en la cual la Sala ratificó que la misma “puede ser ejercida por cualquier ciudadano, vale decir, que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad,” lo que significa, dicho en otros términos, que “la legislación venezolana no exige un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano.”³

Este principio de la popularidad de la acción de inconstitucionalidad, tal como se ha enunciado, por tanto, no está sujeto a excepción alguna, de manera que basta que se trate de una persona capaz procesalmente conforme al ordenamiento jurídico, para tener la legitimación necesaria para conforme al derecho a la participación ciudadana, solicitar a la Sala Constitucional que se pronuncie sobre la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución, sin excepción alguna. Toda persona tiene en este sentido el derecho constitucional a la participación política mediante el ejercicio de esta acción de inconstitucionalidad, el cual no admite limitación, restricción o suspensión alguna, y menos aún, discriminando a alguna o algunas personas en relación con otras, en violación al derecho a la igualdad que en los términos del artículo 21 de la Constitución no admite excepciones.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, sin que persona alguna se lo hubiese solicitado y en su desmedido afán de complacer al gobierno y buscar descalificar a todos los que manifiesten legítima oposición al mismo, en la misma última sentencia citada N° 796 de 22 de julio de 2010 (Caso *Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*),⁴ le ha negado a una Asociación Civil, *Asociación Civil Súmate*, particularmente conocida, precisamente, por su activa participación en materia de control sobre los procesos electorales y para garantizar el ejercicio del derecho activo y pasivo al sufragio, el derecho a participar en el control de constitucionalidad, desestimando la cualidad de la “Asociación Civil Súmate” para interponer la acción popular, declarado además, la “falta de legitimación de la “Asociación Civil Súmate” para interponer la demanda de nulidad.” La motivación para semejante arbitrariedad, en resumen fue que la referida Asociación habría recibido en algún momento, *in illo tempore*, “financiamiento de naciones extranjeras para desarrollar actividad pública”, lo que a juicio de la Sala implicaba que entonces carecía “de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna,” lo cual aparentemente dedujo la Sala, en contra de lo que disponen los propios estatutos de la Asociación donde se define como su objetivo esencial, el “promover en todas las formas posibles de la democracia como sistema de convivencia social dentro del marco de la libertad y el respeto a los derechos humanos.”

II

La acción popular de inconstitucionalidad la había intentado la *Asociación Civil Súmate* y otros ciudadanos, contra diversos actos del Consejo Nacional Electoral relativos a la convocatoria del referendo aprobatorio de la enmienda constitucional que se fijó para el 15 de febrero de 2009, a los efectos de prever la reelección continua e ilimitada de los cargos de elección popular (lo que era contrario al principio de

² Véase Caso *Asociación Civil Mixta La Salvación SRL*, en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 402-403.

³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

alternabilidad republicana),⁵ en definitiva fue declarada como “improponible” porque a juicio de la Sala, los actos impugnados habían sido “exclusivamente dictados con miras a la realización de la enmienda constitucional celebrada el 15 de febrero de 2009” considerando que resultaba patente que constituían “actos preparatorios” de una enmienda constitucional, y por ello, que supuestamente “no son impugnables por vía autónoma,” renunciando así, una vez más, como lo había hecho en 2007 respecto de la rechazada reforma constitucional de ese año, a ejercer la justicia constitucional respecto de los procedimientos de reforma y enmienda constitucional.⁶ Tratándose de una acción popular de inconstitucionalidad, para declararla “improponible” por supuesto no había cuestión ni necesidad alguna en analizar la “legitimidad” de los recurrentes, todos personas jurídicas o naturales venezolanos, precisamente dada la popularidad de la acción. Sin embargo, la Sala, con el único y deliberado propósito de pretender dañar a una de las agrupaciones de la sociedad civil más activas del país en defensa de los principios democráticos y del ejercicio del sufragio y el voto, dictó sentencia para eliminarle ignominiosamente legitimación para solicitar el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Constitucional.

III

Para llegar a esta absurda conclusión, en forma por demás contradictoria, la Sala reconoció ampliamente el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, citando precedentes en sentencias anteriores, recordando que “el juicio de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 334 del Texto Fundamental, el cual (tal como señaló esta Sala en sentencia N° 2735 del 7 de agosto de 2003, dictada en el caso *Ildemaro Brett Smith*), presenta un carácter eminentemente objetivo, toda vez que la Sala Constitucional, al ejercer en forma exclusiva el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, toma un acto que tiene el rango o valor de ley y lo contrasta directamente con las normas, los altos principios de definición, organización y funcionamiento del Estado y; con los valores históricos, políticos, económicos, sociales y democráticos que están reconocidos en la Constitución;” y reconociendo que a los efectos del ejercicio de ese poder, se ha establecido que la acción popular “puede ser ejercida por cualquier ciudadano,” lo que significa “que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad,” no exigiéndose “un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano.”

Concluyó la Sala incluso señalando, citando la sentencia N° 3125 del 20 de octubre de 2005 (Caso: *Francesco Casella Gallucci y Alice Juliette García Guevara*), que el ejercicio de la acción popular “no requiere de mayores exigencias en la legitimación, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.”

Pero luego de esta declaración de principios sobre la acción popular, la Sala pasó a otro plano, y comenzó a referirse a que “las organizaciones que se desenvuelven como actores sociales, encuentran cabida en el contexto público siempre que su estructura de financiamiento sea transparente y, por tanto, gocen de cierto nivel de independencia,” señalando que dichas organizaciones (partidos, grupos de electores, etc.), supuestamente deben actuar públicamente “en favor de los miembros de la sociedad nacional y no de agentes externos que pudieran intervenir en la vida política de un Estado, lesionando el derecho de la Nación a su autodeterminación, su independencia y soberanía.”

De allí pasó la Sala a afirmar que la vida política nacional puede verse afectada por “la actuación de organizaciones vinculadas ideológica, orgánica y funcionalmente a intereses foráneos que las patrocinan con el objeto de propugnar sus intereses particulares, para así incidir en las políticas públicas y crear condiciones favorables para el desarrollo de pretensiones expansionistas en los económico y político;” agregando que “tanto los capitales transnacionales, como algunos Estados con posiciones anacrónicamente colonialistas, vulneran el derecho a la autodeterminación nacional y la soberanía popular mediante el estímulo

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, N° 117, Caracas 2009, pp. 205-211

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional vs. la supremacía constitucional-, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, México 2008, pp. 17-60; -El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. (O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la -reforma constitucional- sancionada por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 02 de diciembre de 2007)-, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 661-694

económico, técnico o logístico de ciertas actividades, como la propaganda ideológica, que tienen por finalidad orientar la política de otros Estados para hacerla más favorable a sus propios intereses” lo cual, concluyó, “incorpora al proceso de toma de decisiones políticas, una voluntad ajena al consenso nacional, a la idiosincrasia y a las aspiraciones propias de cada nación,” cuando “las guías políticas deben ser internas y no externas a las sociedades.”

Y en esa línea de razonamiento, la Sala llegó a recordar que “la obtención de recursos financieros ya sea de manera directa o indirecta, provenientes de estados extranjeros *con la intención de emplearse en perjuicio de la República* [y] los intereses del Pueblo” podría eventualmente configurar el delito de traición a la patria” (art. 140 del Código Penal).

Nada de lo anteriormente dicho por la Sala Constitucional podría pensarse que podría ser aplicado a una ONG como la *Asociación Civil Súmate*, comprometida con el proceso democrático venezolano, con el claro objetivo de “liderizar y cooperar con iniciativas” que repercuten directamente en rasgos fundamentales de la democracia, y realizar actividades tendientes a “fomentar la libertad individual y la expresión del libre pensamiento y el ejercicio pleno de los derechos y el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución venezolana y demás leyes de la República.” Ello, como toda organización con fines políticos, podría traducirse en la finalidad de “pretender guiar al Pueblo Venezolano en la adopción de posiciones políticas,” lo que aparentemente la Sala Constitucional consideró peligroso, pues un vocero de la Asociación había dicho en un programa de radio que en el pasado las actividades de la Asociación habían sido “parcialmente financiadas por la *National Endowment for Democracy*, que es una organización vinculada financiera e ideológicamente a la política de otra nación, pues se encuentra supervisada y recibe permanentemente fondos del Congreso de los Estados Unidos” financiamiento que la Sala consideró que constituye “una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del Estado venezolano...que hace dependiente a la organización financiada y la somete a la línea de actuación que determina el financista para que continúe la asignación de los fondos.”

La Sala además señaló, que como “los recursos que de manera mediata asignó el Congreso de los Estados Unidos a la “Asociación Civil Súmate”, a los fines de “*liderizar*” a un sector de la población que se presenta opositor al gobierno,” ello “representa una franca lesión de la autonomía funcional que demanda la actuación pública y, dentro de ésta, a los procesos políticos internos del Estado venezolano, concretamente los actos preparatorios del proceso de enmienda constitucional.” Y de allí, concluyó la Sala desestimando la cualidad de la *Asociación Civil Súmate* para interponer una acción popular “en salvaguarda de la plena soberanía de la República, de su independencia y del deber que tienen los órganos del Estado de no someterse a un poder extranjero,” “por carecer de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.”

Con todo el juego anterior juego de palabras y frases, después de constatar que la Asociación, con toda legitimidad, **primero**, buscaba “...liderizar o cooperar con iniciativas” que repercutían directamente sobre rasgos fundamentales de la democracia, con el fin de “pretender guiar al Pueblo Venezolano en la adopción de posiciones políticas;” **segundo**, que en el pasado, parcialmente, habría recibido financiamiento del *National Endowment for Democracy*” —lo que en el marco del ordenamiento venezolano no tenía nada de ilegítimo—, entidad que la Sala calificó como “una organización vinculada financiera e ideológicamente a la política de otra nación,” pues esta “supervisada y recibe permanentemente fondos del Congreso de los Estados Unidos;” **tercero** que tal financiamiento constituía, “una típica manifestación de la política intervencionista de una potencia extranjera para incidir en los asuntos internos del Estado venezolano;” y **cuarto**, que asignar de “manera mediata” dichos recursos a la Asociación, “a los fines de ‘*liderizar*’ a un sector de la población que se presenta opositor al gobierno legítimo y democrático de la República,” ello supuestamente “representa una franca lesión de la autonomía funcional que demanda la actuación pública y, dentro de ésta, a los procesos políticos internos del Estado venezolano, concretamente los actos preparatorios del proceso de enmienda constitucional.”

En consecuencia, la Sala Constitucional, pura y simplemente, sin autoridad alguna para ello, desestimó la cualidad de la Asociación Civil “para interponer la presente demanda de nulidad, por carecer de legitimidad para actuar en defensa de intereses extranjeros sobre asuntos de política interna.”⁷

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>

O sea, que, conforme a esta arbitraria doctrina jurisprudencial, en definitiva, la acción popular de inconstitucionalidad dejó de ser “popular,” en el sentido de que para la Sala Constitucional no “toda persona” tiene la cualidad o interés procesal para intentarla, careciendo de legitimación, por ejemplo, según la Sala, aquellas “personas” que lidericen sectores que sean de oposición “al gobierno legítimo y democrático.”

IV

La decisión de la Sala Constitucional, respecto del tema de la restricción de la legitimación activa para ejercer la acción popular en el caso de la *Asociación Civil Súmate*, contó con un Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien para ello se limitó a hacer referencia al *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* de 2009 (“Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”),⁸ en el cual, particularmente en relación con el derecho de asociación, se insistió en el principio de que las reglamentaciones que se puedan establecer por los Estados sobre la inscripción, vigilancia y control de organizaciones, deben asegurar que tales requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones, notando con preocupación la situación de que en Venezuela, si bien se permitía la “conformación de organizaciones de la sociedad civil por parte de extranjeros y se permite su financiamiento externo, se continúa restringiendo la participación en los asuntos públicos de ciertas organizaciones en virtud de su financiamiento, del origen nacional de sus integrantes, de su forma de organización o de la ausencia de leyes que regulen su actividad,” todo ello con base en unas sentencias de la propia Sala Constitucional dictadas en 2000 (30 de junio, 21 de agosto y 21 de noviembre).

Dichas sentencias, totalmente restrictivas del derecho a la participación de la sociedad civil⁹ mediante asociaciones, la Comisión encontró que, en definitiva, aplicadas “en términos discriminatorios contra organizaciones independientes, podría tener un efecto excluyente, lo que resulta inaceptable para la participación abierta de la sociedad civil.”

La Comisión también expresó su juicio de que los Estados debían “abstenerse de restringir los medios de financiación de las organizaciones de derechos humanos” y al contrario “deben además permitir y facilitar el acceso de las organizaciones de derechos humanos a fondos extranjeros en el marco de la cooperación internacional, en condiciones de transparencia.”

En el caso de la *Asociación Civil Súmate*, aparte de que nada impide en el ordenamiento jurídico venezolano que pueda recibir financiamiento externo, lo que es bien común en el mundo de las ONGs, el hecho de haber recibido en el pasado, alguna vez, fondos de el *National Endowment for Democracy* de los Estados Unidos (en forma “mediata” dijo la Sala en la sentencia), por supuesto, no la convierte en una organización que pueda considerarse como “dependiente” y “sometida” “a la línea de actuación” que determine tal Fondo, que la Sala consideró como “vinculado financiera e ideológicamente a la política de Estados Unidos.”

La Sala Constitucional, al realizar tal absurda argumentación, lo único que perseguía era discriminar inconstitucionalmente a una Asociación civil que ha cumplido una labor encomiable desde el punto de vista de la oposición al gobierno autoritario, e incluso dejar sembrada la duda en torno a las consecuencias que pueden derivarse del destino que una entidad vinculada a la oposición pueda dar a tales fondos, al decir en la sentencia que “la obtención de recursos financieros, ya sea de manera directa o indirecta, provenientes de estados extranjeros *con la intención de emplearse en perjuicio de la República* [y] los intereses del Pueblo.”

Afortunadamente la reforma constitucional de 2007 que pretendía declarar al Estado, en la Constitución, como Estado Socialista con el socialismo como ideología oficial,¹⁰ fue rechazada por el pueblo, pues de lo contrario, cualquier funcionario espontáneo hubiera podido interpretar que cualquier actuación de la oposición contraria a la ideología socialista, debía considerarse como “perjudicial a la República” y a los “intereses del pueblo,” y por tanto tipificable como traición a la patria.

⁸ Véase <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>

⁹ Véase los comentarios a algunas de dichas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Caracas 2004.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sello socialista que se pretendía imponer al Estado-”, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 71-76.

La Sala Constitucional, a pesar del rechazo popular a tal reforma, sin embargo, diligentemente y actuando una vez más al servicio del autoritarismo, dejó abierta la duda para que la jauría política se pudiese manifestar al mejor estilo excluyente posible.¹¹

¹¹ Días después de conocerse la sentencia, la diputada del Partido Socialista Unido de Venezuela Iris Valera, expresó iba -a solicitar que María Corina Machado, candidata a la Asamblea Nacional, sea inhabilitada, luego que se conociera el fallo del TSJ que señala a la organización Súmate, de la cual Machado fue directiva, de recibir fondos del extranjero.- Véase en *El Universal*, 31 de julio de 2010, en http://www.eluniversal.com/2010/07/31/pol_art_valera-solicitarain_1990146.shtml y en http://politica.eluniversal.com/2010/07/30/v2010_ava_varela-solicitarain_30A4274691.shtml

2011

29. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL ORDEN JURÍDICO, AL ORDENAR LA DESAPLICACIÓN GENERAL DE NORMAS APLICABLES, Y LA APLICACIÓN, EN SU LUGAR, DE NORMAS DEROGADAS

(O de cómo el Juez Constitucional, ante la imposibilidad de ordenar la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era más gravosa a la libertad, mediante la desaplicación por vía de control difuso, pero con efectos *erga omnes*, de la ley más favorable aplicable al caso).

Revista de Derecho Público, N° 127, julio-sept 2011,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 183-200

Resumen: Esta nota tiene por objeto comentar la sentencia N° 794 de 27 de mayo de 2011 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de avocarse al conocimiento de una causa, no para avocarse a decidir la misma pues la devolvió a la Sala Penal, sino para sólo decidir mediante control difuso de la constitucionalidad, la desaplicación general, con carácter vinculante, de una norma de la Ley Orgánica de Instituciones del Sector Bancario que había despenalizado ciertas conductas bancarias durante un cierto tiempo (pues la penalización había sido luego restablecida), ordenando la aplicación, no de la nueva norma establecedora de la pena, lo que no le era permitido constitucionalmente, sino de una norma de la Ley derogada por la norma desaplicada, por supuesto más gravosa a la libertad. Con ello, la Sala Constitucional, en definitiva, manipulando sus competencias de juez constitucional, sin aplicar retroactivamente una nueva norma igual a la derogada, logró el mismo efecto desaplicando la que era aplicable.

Palabras claves: Control difuso de la constitucionalidad. Irretroactividad de la ley. Avocamiento.

Abstract: The purpose of this comment is to analyze the decision N° 794 of May 27, 2011 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, issued when taking a case from the Criminal Chambers, but not for the purpose of deciding it because it was returned to the Criminal Chamber, but only in order to exercise its judicial review powers ordering in a general way not to apply a provision of the Banking Sector General Law that during a short period of time, had decriminalized some conducts. Not being able the Constitutional Chamber to apply retroactively a new law on the matter that was more grievously to liberty, it obtained the same result by ordering to apply a provision of a previous abrogated Law which established the criminal sanctions.

Key words: Judicial review. Non-retroactivity of laws.

¿Qué? Se preguntará el lector, ¿Qué la Sala Constitucional en Venezuela, como juez constitucional, como ya que no podía ordenar que se aplicara retroactivamente una nueva ley más gravosa a hechos pasados, mediante una sentencia vinculante dictada ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad, ordenó desaplicar en términos generales la ley aplicable al caso, que era más favorable pues

despenalizaba los hechos, ordenando la aplicación de la ley que ésta última derogaba, reviviéndola, y que era más gravosa pues penalizaba los hechos? ¿Y todo ello con carácter vinculante?

Si. Efectivamente, eso fue lo que ocurrió con la sentencia N° 794 de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2011,¹ en la cual resolvió con “carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia:”

PRIMERO: “desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010;” y

SEGUNDO, “la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008 [que estaba derogada], y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal.”

En ese caso, la Ley de diciembre de 2010 había despenalizado unos hechos en relación con la apropiación y distracción de recursos en materia bancaria, reformando la previsión de la Ley de julio de 2008 que en cambio los penalizaba. Con esta sentencia, como se comenta al final, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (i) utilizó en forma ilegítima la figura del avocamiento para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal, con el objeto de (ii) distorsionar y utilizar en forma ilegítima tanto el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para fines distintos al establecido en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, como (iii) el control de constitucionalidad de las leyes, para usurpar la función legislativa, e impedirle al legislador realizar con libertad constitucional la política legislativa; y finalmente (iv) resolvió en abierta violación del principio constitucional del “*in dubio pro reo*” que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, disponer la inaplicabilidad general de una ley aplicable que beneficiaba a los procesados, y al mismo tiempo ordenar que fuese aplicada una ley ya derogada que los perjudicaba, y que fue ilegítimamente revivida.

I

La sentencia tiene su origen en una solicitud formulada el día 29 de marzo de 2011, tres semanas después de que se publicara una nueva reforma parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario,² por unos Fiscales del Ministerio Público en la cual requirieron de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se avocara al conocimiento de unas causas que la Sala de Casación Penal del mismo Tribunal, a su vez, de oficio, había solicitado en avocamiento de las que cursaban ante tribunales del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, y que se seguían a unos ciudadanos por delitos bancarios conforme a las previsiones del artículo 432 de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financiera de 2008,³ que había sido la Ley conforme a la cual los Fiscales habían presentado la acusación.

Dicho artículo 432 de la Ley General de 2008 disponía lo siguiente:

Apropiación o Distracción de Recursos

“Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años”.

Posteriormente, en 2010, la Ley General de Bancos fue reformada, sustituyéndose por la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁴ que incidió en el texto del antes mencionado artículo 432, que pasó a ser el artículo 213, con el siguiente texto:

“Apropiación o distracción de recursos.

Artículo 213. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser

¹ Caso: *Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios*. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

² *Gaceta Oficial* N° 39.527 del 02 de marzo de 2011

³ *Gaceta Oficial Extra*. N° 5892 del 31 de julio de 2008

⁴ *Gaceta Oficial Extra*. N° 6.015 de 28 de diciembre de 2010, en

falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.

Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones”.

Posteriormente, como lo indicaron los Fiscales solicitantes del avocamiento, la Ley de Instituciones del Sector Bancario fue reformada de nuevo en marzo de 2011, publicada solo unos días antes de la solicitud, y con la misma -dijeron los Fiscales- “se retorna a la descripción históricamente consagrada en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como se evidencia del contenido del artículo 216, quedando en dicho dispositivo claramente descrita la conducta punible,” en los términos siguientes:

“Apropiación o distracción de recursos. Información falsa para realizar operaciones bancarias.

Artículo 216. Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos de las Instituciones del Sector Bancario regulado por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total distraído. Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.”

De esta secuela de textos legales, lo que es claro es que en el artículo 432 de la Ley General de Bancos de 2008 vigente al momento de la acusación penal en los casos concretos procesados en las causas, contenía unos determinados hechos como punibles de delitos bancarios; que en cambio el artículo 213 de la reforma de la Ley General de Bancos de 2010, aún cuando conservando el mismo acápite del artículo, despenalizó varios de dichos mismos hechos; y que con la nueva reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2011, se volvieron a penalizar los hechos, volviéndose a lo que los Fiscales solicitantes llamaron la descripción “histórica” que tenía del artículo 432 de la Ley de 2008.

De lo anterior se deduce entonces que durante un período preciso de tiempo de algo más de dos meses, entre el 20 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011, determinados hechos relativos a actividades bancarias quedaron completamente despenalizados. Ello implicaba que, en ese período de tiempo, por voluntad del legislador, no podían iniciarse nuevas causas penales por “delitos bancarios” que pudieran tener su origen en los hechos despenalizados. Y ello, precisamente, es lo que explica la extraña solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional respecto de causas penales que a la vez habían sido solicitadas en avocamiento de oficio por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo. La solicitud de avocamiento planteada ante la Sala Constitucional no estaba basada en ninguna situación grave subversión del orden procesal o de violación del debido proceso, sino simplemente en que los Fiscales del Ministerio Público consideraron que “en virtud de la vigencia sucesiva de Leyes Penales,” y si bien los artículos de la Ley de 2008 y la de la reforma de 2010 se referían “al delito de ‘apropiación o distracción de recursos de instituciones financieras, cuyo *nomen iuris* conserva intacto el de la ley precedente,” sin embargo, -dijeron- la última norma “incurre en una confusa descripción de dicho tipo penal.” Según los Fiscales, del contenido de la norma del artículo 213 de la Ley de 2010 se derivaría que

“la descripción de las acciones que se reputan como típicamente perseguibles a título de apropiación o distracción, no parecieran guardar estrecha relación con la voluntad legislativa que quedó expresada en el *referido nomen iuris*. Es decir, no contemplan de forma adecuada y unívoca tales conductas (distrar o apropiarse), situación que ha generado una evidente confusión respecto a la adecuación de tales hechos, los cuales son a todas luces lesivos del orden socioeconómico y de significativa relevancia en el derecho penal económico.”

Consideraron entonces los Fiscales que la Sala Constitucional era “la única cuyas competencias pudieran abarcar integralmente tal asunto, y darle una solución cónsona con el marco constitucional vigente.”

Cual era la relación de tales argumentos y de la solicitud de avocamiento, con los casos concretos que cursaban en sendas causas penales por delitos cometidos bajo la vigencia de la Ley de 2008, que se despenalizaron por algo más de dos meses, entre el 28 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011 cuando se volvieron a penalizar, sin embargo, es un misterio, salvo que con ello lo que se pretendiera fuera convertir en hechos punibles hechos cometidos durante el breve período señalado, cuando no eran punibles porque habían sido legalmente despenalizados.

Ello lo hizo la Sala Constitucional al avocarse al conocimiento del asunto, decidir la desaplicación del artículo 213 de la de Instituciones del Sector Bancario de 2010, con carácter *erga omnes*, y ordenar la aplicación del artículo 432 de la derogada Ley General de Bancos de 2008 para, a renglón seguido, ordenar devolver los autos a la Sala de Casación Penal para que continuara conociendo de los asuntos de los cuales a su vez se había avocado, y no había llegado a conocer.

II

Para el logro de este despropósito, en una extensa sentencia de 155 páginas la Sala Constitucional se dispuso a

“determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*G.O.* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, lo que afectaría no sólo el curso del presente proceso, sino además incidiría en el desarrollo de la actividad bancaria y, en la eficacia y vigencia de las normas constitucionales que informan ese sector de la economía.”

Para ello, la Sala entró a fijar “el marco teórico para poder juzgar el caso concreto,” para lo cual entró a precisar

“el régimen jurídico estatutario de derecho público aplicable al sector bancario, desde el ángulo del Estado Social de Derecho que determina la interpretación del sistema económico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, de los cimientos históricos y económicos que dieron origen a la actual regulación penal vinculada con la normativa que rige la denominada actividad bancaria o financiera, que se sistematiza en términos generales en la creación, funcionamiento y liquidación de las instituciones que son autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento y la inversión del ahorro.”

La Sala Constitucional entonces pasó a analizar el sistema de la Constitución económica, y en particular, la relación entre los valores esenciales de la libertad de empresa y de la regulación económica, y del derecho de propiedad y de su limitación legal, considerando que ninguno de ellos se puede erigir “como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga,” debiendo al contrario convivir armoniosamente, de manera que “las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.” En definitiva, concluyó la Sala constatando que ni la libertad económica ni el derecho de propiedad eran derechos absolutos, y que “como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones” que el legislador puede establecer siempre actuando “bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad.”

En este contexto normativo la Sala pasó a abordar el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria, considerando al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés público, sometida al principio de justicia social, de manera que al regularse “no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo.” Consideró, además, como una manifestación propia de la actividad normativa del Estado, la relativa al ámbito penal, de manera que la pena tenga la función de prevención de los hechos (delitos) que atenten contra los bienes protegidos,” siendo “la tipificación del delito y la fijación de la pena, parte de la política o discrecionalidad legislativa.” Por ello, consideró la Sala, que:

“en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamientos puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

El siguiente paso que tomó la Sala, en su análisis, se refirió al artículo 114 de la Constitución que dispone que “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley,” deduciendo de su texto que el mismo impone al Legislador:

“un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros.”

En particular, en cuanto a la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, consideró la Sala que las mismas responden a:

“la necesidad del Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.”

De allí dedujo la Sala que la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución

“es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo.”

III

En este marco, fue precisamente que la Sala pasó a efectuar la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, teniendo presente la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca.” Para ello, la sala Constitucional pasó revista histórica, en Venezuela y en el derecho comparado, al régimen y evolución de la legislación en materia de bancos, desde el derecho romano y los tiempos medievales, hasta los tiempos modernos, con particular referencia a los casos de Estados Unidos, México y Venezuela, constatando el carácter expansivo de la intervención estatal en sector bancario y financiero, con especial énfasis (i) en la regulación de la idoneidad de los sujetos a cargo de las actividades en el sector (los banqueros); (ii) en la regulación sobre el desarrollo la actividad bancaria para entre otros aspectos, defender los intereses de la sociedad en general y, de los usuarios de la banca en particular; (iii) en la regulación sobre el control de la actividad bancaria y las sanciones como consecuencia del incumplimiento de la normativa estatutaria correspondiente; y (iv) en la regulación de las sanciones y los delitos bancarios, para lo cual la Sala destacó que “la mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento del sistema bancario, se ha manifestado proporcionalmente en materia sanciones administrativas y delitos” extendiendo la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas involucradas.

Con base en lo anteriormente analizado, pasó entonces la Sala Constitucional a determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010,⁵ podía derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, que pudiera afectar el curso del proceso penal a cuyo conocimiento se había avocado la Sala.

Para ello, la Sala advirtió de entrada que “la apropiación o distracción como *nomen iuris* en el derecho penal económico, se inscribe en el marco de lo que en el derecho penal general se ha regulado bajo la calificación de apropiación indebida calificada” regulado en Venezuela desde 1873, en los artículos 466 y 468 del Código Penal. En este tipo delictivo, dijo la Sala, el bien jurídico tutelado es la propiedad, agravándose el delito, por ejemplo, cuando la persona que recibe la cosa para restituirla o para hacer de ella un uso determinado, como un banquero, corredor, cajero o cobrador de una empresa.

Dicho delito especial vinculado a la actividad bancaria, se estableció por primera vez en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993, en una norma que se mantuvo en la legislación bancaria en la reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada de 2001,⁶ en cuyo artículo 432, conforme lo apreció la Sala, se “delimitó de forma más precisa, a los sujetos activos en la comisión del delito de apropiación o distracción de recursos, incluyéndose a los funcionarios de un banco,

⁵ Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010

⁶ Gaceta Oficial N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001

entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio.” La norma se conservó en la reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, de julio de 2008, en el texto que se transcribió anteriormente, así como en las reformas de la misma Ley General de diciembre de 2009;⁷ y de 19 de agosto de 2010 (art. 396).⁸

De todas esas normas, la Sala dedujo que resultaba “claro un desarrollo histórico normativo que, a la par de las crisis financieras,” habían quedado sometidas bajo su ámbito de vigencia temporal, potenciando el incremento de las penas aplicables y el mantenimiento del *nomen iuris*.” La Sala constató, incluso, que en la entonces vigente (para el momento de la sentencia) Ley de Instituciones del Sector Bancario de marzo de 2011,⁹ la norma establecía una regulación similar (art. 216).

Fue entonces en este contexto normativo, que la Sala pasó a abordar el tema del contenido y alcance del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010 que, como se dijo, establece igualmente el delito de “Apropiación o distracción de recursos,” pero con otra redacción, como antes se transcribió. Para ello, la Sala Constitucional pasó a destacar la importancia del principio de la legalidad en materia sancionatoria, así como la garantía *nullum crimen nulla poena sine lege*, citando una importante sentencia de la propia Sala N° 490 de 12 de abril de 2011, en la cual concluyó con carácter vinculante que:

“El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

Así como ‘Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo’, ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él ...”.¹⁰

IV

Pero a pesar de tan clara doctrina vinculante, en los párrafos siguientes de la sentencia, la Sala Constitucional pasó a desconocerla, y mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas” que sí disponía la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando lo que recién había afirmado de que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial.”

Partiendo del fin que debe tener toda ley, conforme al artículo 4 del Código Civil en relación con la intención del legislador, consideró la Sala que para la interpretación de la norma resultaba siempre aplicable el elemento teleológico o finalista, vinculado a los principios y valores constitucionales, fijando el criterio de que “en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos” de manera que dado el contenido del artículo 114 de la Constitución antes señalado donde se hace referencia a los ilícitos económicos, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, ello según la Sala “permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales.”

⁷ Gaceta Oficial N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009

⁸ Gaceta Oficial N° 39.491 del 19 de agosto de 2010

⁹ Gaceta Oficial N° 39.627 del 02 de marzo de 2011

¹⁰ Dictada en una revisión de sentencia. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/490-12411-2011-10-0681.html>

Es decir, ni más ni menos, la Sala se erigió en órgano corrector o reformador de leyes cuando estime que han establecido una “protección deficiente” a los “imperativos constitucionales” que ella misma deduce. Por ello, la Sala pasó de inmediato a declarar o a aclarar que:

“Ello no comporta que esta Sala, en base a tales postulados, pueda afirmarse como un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo evidente en tales casos, un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, pero sí permite que la Sala en su labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos, deba con los elementos contenidos en la propia norma penal, aclarar el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano; vale insistir, que la técnica jurídica sea instrumento útil para alcanzar estos propósitos, pero que, en caso de insuficiencia, se imponga la búsqueda de medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.”

Pero lo que resultó de su sentencia fue precisamente lo que se pretendió negar, procediendo la Sala a convertirse en “un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” mediante el subterfugio de desaplicar el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, que había despenalizado ciertas conductas bancarias, desconociendo la voluntad del legislador, reviviendo para ello una previsión de una Ley que había sido derogada.

La Sala lo que alegó, usurpando la función del legislador, es que debía “evitar una interpretación que fomenta la impunidad y desconozca el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico,” y que entonces, “la denominada apropiación o distracción de recursos, [...] no puede concebirse bajo planos de razonabilidad y justicia como una conducta lícita o permitida por el ordenamiento jurídico”. Agregó, además, la Sala que siendo la conducta de apropiación o distracción de recursos conductas de naturaleza delictual,

“cualquier norma que desnaturalice su antijuricidad y el alcance de la tipicidad de las mismas, “legalizaría formalmente” un caos el sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva, la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.”

De todo ello, concluyó la Sala deduciendo que el ordenamiento constitucional le imponían como “al juez constitucional, que, en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que “El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente” (artículo 114 *eiusdem*),” lo que implica “no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad;” concluyendo con la afirmación de que:

“Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se* -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.”

Es decir, a pesar de que la norma del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, efectivamente había despenalizado determinadas conductas bancarias, la Sala, simplemente desconoció dicha decisión del legislador, considerando, en definitiva, que aceptarla sería generar “la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico.” La Sala Constitucional señaló entonces, en una admonición dirigida al Legislador, que “ningún órgano u ente puede en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran,” concluyendo entonces que la:

“norma contenida en el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, deba ser objeto de una interpretación como parte del régimen normativo de responsabilidad penal en el ordenamiento sectorial bancario, que impide que el sistema legal haga vacuo el contenido el artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, por el contrario, se dé plena eficacia los principios y derechos contenidos en los artículos 2, 112, 299 y 308 *eiusdem*.”

Con base en todo lo anterior, la Sala apuntó sobre el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, señalando que, en el mismo,

“a pesar de que el legislador reconoció la antijuricidad de la conducta referida a la apropiación o distracción de recursos en materia bancaria, existe una inconsistencia en los elementos que integran la norma penal, que no permite a la aplicación de la misma, (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.466/04), ya que aunado a la calificación propia del tipo penal de apropiación o distracción de recursos enunciados en el *nomen iuris* de la misma, el legislador realiza la descripción normativa de un conjunto de acciones, que en el contexto de una interpretación literal o sistemática de la norma, generan un desorden que la erigen como contradictoria y de imposible entendimiento, que la constituye en una norma contraria al contenido del artículo 114 de la Constitución, en tanto no permite calificar claramente el hecho punible que se corresponde con la pena en ella establecida.”

De ello concluyó la Sala afirmando que “el artículo 213 *eiusdem*, es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (Cfr. Sentencia de esta Sala Nros. 2/09, 1.178/09 y 490/11),” por lo que conforme al artículo 334 de la Constitución, resolvió que:

“desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.380/09).”

Se observa, en este caso, que en forma contraria a los principios que informan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que fijan los efectos de la sentencia con efectos entre las partes del proceso, la Sala Constitucional procedió a darle efectos *erga omnes*, lo que resulta de declarar vinculante la inaplicabilidad de la norma para todos los tribunales.

V

Sin embargo, era evidente que con la sola desaplicación general de la norma del artículo 213 de la Ley que despenalizaba conductas bancarias, no quedaba resuelta la voluntad de la Sala de, al contrario y en contra de la voluntad del Legislador, llegar a imponer la penalización de la apropiación o distracción de recursos, para lo cual tuvo entonces que pasar a resolver el interrogante de que “frente a la desaplicación se plantea igualmente si la misma debe considerarse como una despenalización del delito de apropiación o distracción de recursos, como tipo penal especial aplicable en el sector bancario,” y abordar para ello, el tema de “la sucesión temporal de leyes que regulan la materia.”

Con tal propósito, la Sala Constitucional partió del principio constitucional establecido en el artículo 24 del Texto fundamental que garantiza que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena” y que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo,” principio que se regula también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual en su artículo 9, dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

De estas normas la Sala concluyó señalando:

“como regla general interpretativa en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que, con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer.”

Luego pasó la Sala a mencionar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde dijo se:

“expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Pero, ¡¡Eureka!! en las previsiones del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Sala pretendió “descubrir” que los anteriores principios “encuentran su límite” al disponer que:

“Nada de lo dispuesto en este artículo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que, en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

En esta norma la Sala encontró que se imponía una interpretación que permitía “la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales*.”

Lo importante, sin embargo, es que no se trata de un límite a la irretroactividad de la ley ni al principio de la aplicación al reo de la ley más favorable, sino de una previsión excepcional, dispuesta cuando el Pacto se adoptó en el seno de las Naciones Unidas, para dar respuesta a la necesidad de castigar crímenes contra la humanidad que se produjeron durante la segunda guerra mundial, como los de “genocidio,” lo que por supuesto nada tiene que ver con delitos bancarios.

De la norma del Pacto Internacional, la Sala Constitucional dedujo, sin embargo, que lo que había era una “obligación de hacer” impuesta a los Estados de “sancionar efectivamente los hechos contrarios a los derechos fundamentales,” y de “perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad,” así como de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.” Y a renglón seguido pasó a argumentar respecto al tema de la despenalización de delitos bancarios en Venezuela, en relación con el “alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales,” concluyendo entonces que debía

“necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).”

En consonancia, la Sala consideró que como en los supuestos de leyes excepcionales y temporales, que, en el caso sometido a su consideración, “dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010,” también resultaba aplicable “el principio de ultractividad” en la medida:

“que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Cfr. Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión).

La Sala en definitiva, contrariando la voluntad del Legislador, o corrigiéndola o enmendándole, resolvió que si no hubiera tomado su decisión, de desaplicar una norma aplicable al caso, y de aplicar una norma ya derogada al mismo caso “se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera” y como si se tratase de delitos de genocidio o lesa humanidad, conforme al artículo 15.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, podía resultar “contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.”

VI

De esta sentencia se destacan los siguientes aspectos medulares:

1. En primer lugar, con la sentencia, se produjo una *ilegítima utilización de la figura del avocamiento*, para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal.

En efecto, si bien el artículo 31.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, reguló en general la posibilidad del avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, siguiendo la orientación de la jurisprudencia y de las normas de la Ley Orgánica de 2004, lo que implica la potestad de solicitar de oficio, o a petición de parte, “algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente,” la misma fue sometida a normas precisas.

Conforme al artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, la solicitud de avocamiento ante y por parte del Tribunal Supremo, no sólo debe necesariamente plantearse en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia “*en las materias de su respectiva competencia*,” sino que en principio debe referirse a causas que cursen ante “*cualquier tribunal*” inferior o como lo dice el artículo 108 de la ley Orgánica, “ante algún tribunal de la República.”

No está previsto en principio, por tanto, el avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo, salvo por parte de la Sala Constitucional, respecto de causas “en las que se presume violación al orden público constitucional” (art. 25.16) o respecto de procesos de amparo constitucional.

En el presente caso, la competencia en materia penal y de interpretación de la ley penal e incluso, sobre su aplicación temporal y sobre su control de constitucionalidad mediante el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución y en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde *exclusivamente* a la Sala de Casación Penal.

Por otra parte, en los procesos penales donde ocurrió el avocamiento por parte de la Sala Constitucional no estaba planteado ningún asunto de naturaleza constitucional ni se denunció violación alguna del orden público constitucional, por lo que la Sala Constitucional simplemente usurpó las funciones de la Sala de Casación Penal.

El avocamiento tiene un objeto procesal preciso conforme al artículo 106 de la ley Orgánica, y es que la Sala que se avoca resuelva sólo y exclusivamente si “asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.” Lo que no puede ocurrir es que una Sala se avoque para no avocarse a conocer del asunto, o se avoque para no asignar el asunto a otro tribunal, y más bien, simplemente, tome una decisión que correspondía al tribunal que conocía del asunto para luego devolvérselo. Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala Constitucional se avocó para ejercer una competencia que correspondía exclusivamente a la Sala de Casación Penal, como era aplicar el artículo 334 de la Constitución ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, si era el caso, para luego devolverle la causa a la propia Sala de Casación Penal.

Pero además, como lo indica expresamente el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, el avocamiento es una atribución que debe “ser ejercida 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.”¹¹ Nada de ello ocurría en los procesos penales que la Sala Constitucional decidió conocer por vía del avocamiento; en ellos no se denunció, por ejemplo, que existieran “graves desórdenes procesales” ni se alegó que existieran “escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico,” ni se argumentó en forma alguna que las mismas perjudicaban “ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática” de manera que se exigiese la intervención de la Sala.

Por otra parte, la Sala que se avoque al conocimiento de un asunto, tiene determinado en forma precisa el contenido posible de la sentencia a dictar, lo que se deriva de los motivos que pueden y deben originar este procedimiento excepcional. Ese contenido, de acuerdo con el artículo 109 de la Ley Orgánica, puede ser: (i) “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia;” (ii) “decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos;” (iii) “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia;” y (iv) “adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.” No puede la Sala que se aboca al conocimiento de un asunto adoptar cualquier medida judicial, sino las anteriores precisamente establecidas en la Ley, de manera que incluso la última aparentemente general de adoptar “cualquier medida judicial que estime idónea” es sólo posible si se ha comprobado que hay una infracción al “orden jurídico” que deba ser restablecido. Lo que nunca puede ocurrir, en cambio, es que la Sala se avoque al conocimiento de un asunto y luego lo devuelva al mismo Tribunal.

Con la decisión comentada, en realidad, fue la Sala Constitucional la que, en realidad, al haber usurpado funciones de la Sala de Casación Penal, provocó un grave desorden procesal, violando escandalosamente el ordenamiento jurídico con lo que ha perjudicado ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, y la institucionalidad democrática; máxime si con su decisión, la Sala en definitiva, desaplicó una ley más favorable a los encausados que era aplicable, para ordenar aplicar al caso una ley derogada que además era menos favorable a los procesados.

2. En segundo lugar, con la sentencia dictada se produjo *una distorsión e ilegítima utilización del control difuso de la constitucionalidad de las leyes*, para fines distintos al establecido en la Constitución.

En efecto, como es sabido, en el sistema venezolano de justicia constitucional o de control de la constitucionalidad de las leyes, como sistema mixto o integral que es, se distingue, por una parte, el método de

¹¹ A ello, la Ley de 2004 agregaba, el perjuicio a la decencia- y que se hubiesen -desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.-

control concentrado de la constitucionalidad que corresponde a la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional, cuando conoce en general de las acciones populares de nulidad, teniendo la sentencia en los casos de decisiones anulatorias, efectos generales con validez *erga omnes*. La decisión, en estos casos, en principio, es de carácter prospectiva ya que tiene consecuencias *ex nunc y pro futuro*; es decir, la ley anulada por inconstitucional, en principio es considerada en general como habiendo surtido efectos hasta su anulación por el Tribunal o hasta el momento que éste determine como consecuencia de la decisión.

En estos casos, por consiguiente, en general, la decisión tiene efectos “constitutivos” ya que la ley se vuelve inconstitucional solamente después de la decisión,¹² aún cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como es sabido, le otorga competencia a la Sala Constitucional para determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Por otra parte, está el método de control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución, conforme al cual cualquier juez puede tomar una decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto que está conociendo, resolviendo para decidirlo, aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar la ley. Esta decisión solo tiene efectos *inter partes*, de manera que la ley declarada inconstitucional, en principio, es nula y no surte ningún tipo de efectos para el caso concreto y para las partes en el mismo.

Por ello, en este caso, la decisión es, en principio, retroactiva en el sentido de que tiene consecuencias *ex tunc o pro pretaerito*, es decir, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiera existido o nunca hubiera sido válida para el caso concreto exclusivamente. En estos casos, esta decisión tiene efectos declarativos, en el sentido de que declara la nulidad preexistente de la ley inconstitucional para el caso concreto.¹³ Lo importante a tener en cuenta respecto del método de control difuso es que el mismo sólo está previsto para ser ejercido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia y en la decisión del mismo, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo. Como lo dice el artículo 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 consecuencia, en este caso, siempre debe iniciarse y estar en curso un proceso ante un tribunal competente en cualquier materia, por lo que el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es de carácter incidental, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, se plantea al decidir un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el *thema decidendum*, es decir, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto, por ejemplo, en materia civil, penal, administrativa, mercantil o laboral, etc., en el cual la cuestión de constitucionalidad sólo es un aspecto incidental en el proceso que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.¹⁴

En el caso de la decisión de la Sala Constitucional N° 794 del 27 de mayo de 2011, la Sala se avocó al conocimiento de la causa, como se ha dicho, para no avocarse, de manera que la decisión que tomó no fue para decidir una causa penal para cuya resolución debía aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar una ley, sino que fue una decisión independiente totalmente de la causa penal que resolvió debía continuar su curso en la Sala de Casación Penal. La decisión de la Sala Constitucional fue entonces, una decisión cuyo único propósito fue “juzgar” la “constitucionalidad” del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario con entera independencia respecto de decisión alguna de un caso concreto relativo

¹² Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 32 ss.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,- en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp.671-690

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 131 ss.; -El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,- en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp.671-690

a las causas penales de las cuales se avocó, para no avocarse. Por ello, en este caso, no puede decirse que la Sala Constitucional haya aplicado con preferencia la Constitución y desaplicado una ley para decidir ningún caso concreto penal, que al contrario resolvió no decidir.

Con ello, la Sala Constitucional, además, ilegítimamente usurpó lo que era competencia exclusiva de la propia Sala de Casación Penal, es decir, al decidir las causas, resolver sobre la constitucionalidad mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes conforme al artículo 334 de la Constitución y al artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, para lo cual esta tenía competencia exclusiva. La Sala Constitucional, en este caso, en un “proceso” cuyo objeto “principal” no era conocer y resolver sobre unas causas penales, se avocó a las mismas, pero para ejercer el control de constitucionalidad del artículo 231 de la Ley de Instituciones del sector Bancario, usurpando a priori, lo que era competencia exclusiva de la Sala de Casación Penal, máxime si en la misma decisión resolvió devolverle a la misma las causas para su decisión.

Pero, además, debe observarse que otra de las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes se refiere a los efectos de la decisión que adopten los tribunales en relación con la constitucionalidad o aplicabilidad de una ley en un caso concreto. El régimen general en relación a determina a quienes afecta la decisión, es que la decisión adoptada por el juez sólo tiene efectos en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta. En otras palabras, en el método difuso de control de constitucionalidad, la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso concreto sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con el caso y exclusivamente, en relación con las partes que han participado en el mismo, por lo que no puede ser aplicada a otras personas extrañas a la relación procesal. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carácter incidental del método difuso de control de constitucionalidad, que exige que sólo se pueda ejercer en un proceso particular desarrollado entre partes específicas, por lo que la decisión sólo se puede aplicar a este proceso en particular y a las partes del mismo y, en consecuencia, no puede ni beneficiar ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos. En consecuencia, conforme al método difuso, si en una decisión judicial una ley es considerada inconstitucional, esto no significa que dicha ley haya sido invalidada y que no sea efectiva y aplicable en otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular y a las partes que en el mismo intervinieron, en el cual el Juez decidió la inaplicabilidad de la Ley, es que ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto con relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Sin embargo, en los procesos desarrollados ante la Sala Constitucional, en materias de su competencia, por ejemplo, en un proceso de amparo o con motivo de la revisión constitucional de sentencias (art. 336.10), la Sala Constitucional, al decidirlos podría ejercer el control difuso de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, y como Jurisdicción Constitucional en esas materias de su competencia, podría resolver darle carácter vinculante a su interpretación constitucional, en particular cuando están involucrados derechos colectivos y difusos, en cuyo caso los efectos de la decisión podrían ser de carácter *erga omnes*.¹⁵ Sin embargo, ello sólo podría ocurrir cuando la Sala Constitucional adopte una decisión definitiva de un proceso constitucional que sea de su competencia y concierna a derechos colectivos o difusos.

Lo que no puede hacer la Sala Constitucional, es pretender ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una ley con efectos vinculantes *erga omnes*, sin decidir una causa concreta en materias de su competencia, como ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala se avocó para no avocarse ni para conocer de una causa penal, sino sólo para resolver declarar una ley inaplicable con efectos generales, es decir, no para decidir algún caso concreto, y luego devolver las actas y la causa al tribunal competente.

3. En tercer lugar, con la sentencia dictada por la sala Constitucional se produjo una *distorsión e ilegítima utilización del control de constitucionalidad de las leyes para usurpar la función legislativa*.

¹⁵ Así lo decidió, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela al resolver un proceso de amparo intentado en defensa de intereses colectivos o difusos, en sentencia N° 85 de 24 de enero de 2002, (Caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (Asodeviprilara) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros*), al expresar que como resultado de ese control: -la ley sobre la que se ejerce el control no ha sido anulada por inconstitucional, y sólo deja de aplicarse en el caso concreto, que en materia de acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, que es la que conduce a la doctrina planteada, tienen un rango de desaplicación de mayor amplitud, producto de lo -universal- de la pretensión y de la naturaleza *erga omnes* de los fallos que en ellos se dictan; y por ello la desaplicación de la ley al caso, no resulta tan puntual como cuando en un juicio concreto se declara inaplicable una ley por inconstitucional, o se declara inconstitucional a una norma ligada a la situación litigiosa-. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

En efecto, la Constitución de 1999 otorgó a la Sala Constitucional amplios poderes en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, consolidando la Jurisdicción Constitucional en el país. En su ejercicio, sin embargo, como lo indicó la Sala Constitucional, precisamente en esta sentencia de marzo de 2011, la Sala Constitucional declaró que no se puede sustituir al Legislador particularmente en la definición de la política legislativa sancionatoria penal. Es el Legislador el competente de acuerdo con la Constitución, para establecer los tipos penales y las sanciones, conforme al principio de la legalidad; y no pueden los otros órganos del Poder Público, incluido el propio Tribunal Supremo, conforme a sus propias palabras, según se ha citado con anterioridad,

“perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.”

Por ello, conforme lo ha dicho la Sala, sólo el Poder legislativo como órgano al cual el Texto Constitucional “le otorga la potestad de crear leyes está legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en [...] ningún [...] ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional.” Ello implica, como la propia Sala lo dijo, que “Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo”, ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.” Por ello, la conclusión de la propia Sala Constitucional, en el sentido de que “no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él ...”.¹⁶

Sin embargo, como se ha visto, en la sentencia comentada, al contrario de estas afirmaciones, la Sala Constitucional, mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica hecha a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas que sí dispone la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial,” incluido la propia Sala Constitucional.

Con la decisión, comentada, en realidad, lo que efectivamente ocurrió -parafraseando el texto mismo de la decisión- fue que la Sala Constitucional asumió el rol de “legislador en materia penal” creando, al “revivir” normas derogadas, “tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” lo que pone en evidencia “un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución.” Ello fue lo que hizo la Sala Constitucional ordenando inaplicar en forma general una norma aplicable y ordenando aplicar también en forma general una norma derogada.

La Sala, al tomar su decisión –y parafraseando de nuevo su decisión– en forma alguna puede decirse que haya desarrollado una “labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos,” de manera que “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” hubiera aclarado “el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano.”

Nada de eso ocurrió. La Sala no elaboró nada en relación con “el principio de conservación de los actos,” que no aplicó; ni “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” realizó actividad alguna para aclarar “el contenido y alcance de la misma.” Pura y simplemente resolvió su inaplicación a pesar de que era más favorable, pero para ordenar aplicar una norma inexistente por derogada, es decir, creando una norma nueva más gravosa para los encausados, pues la derogada, como tal, había dejado de existir, y no podía ser “revivida.” En todo caso, con una usurpación de funciones legislativas como la producida por la sentencia comentada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo simplemente le niega la potestad que tiene en legislador de penalizar conductas y a la vez de despenalizarlas.

Parecería, de acuerdo con la sentencia, que una vez penalizada una conducta, el legislador en el futuro no tiene otro camino que no sea asegurar su perpetuidad, y si algún cambio normativo puede producir solo puede ser para agravar la penalización, pero nunca para despenalizar, olvidándose, por lo demás, del principio de la primacía de la libertad y de los derechos individuales sobre las actuaciones del Estado en nuestro sistema constitucional.

¹⁶ Sentencia de N° 490/11 citada en esta sentencia comentada.

En otras palabras, la Constitución al otorgar al Legislador la potestad para determinar delitos y penas, no erige el *jus puniendi* como teniendo primacía sobre la libertad; sino al contrario, condiciona su ejercicio al principio de la libertad y primacía de los derechos humanos. La sala Constitucional, sin embargo, en su sentencia invirtió estos principios.

4. En cuarto lugar, con la sentencia de la Sala Constitucional que se comenta, se produjo una *abierta violación del principio constitucional del “in dubio pro reo”* que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, y en el cual se impone al operador judicial el principio de que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo.”

En la sentencia comentada, al contrario, la Sala Constitucional, ante la duda que podía derivarse del cambio de redacción del artículo sobre apropiación y disposición de recursos en la Ley sobre actividades bancarias, no sólo ignoró el principio, sino que deliberadamente decidió en contra el mismo, al resolver, en el caso de duda, suspender la aplicación de la norma que beneficiaba al reo y poner en vigencia una norma derogada que lo perjudicaba más.

Y para ello, violando flagrante una garantía constitucional del debido proceso penal, la Sala Constitucional insólitamente invocó la protección de derechos fundamentales universales, apelando nada menos que al artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que buscaba asegurar la no impunidad en materia de genocidio o delitos de lesa humanidad, como si un delito en materia bancaria en un país determinado pudiese ser equiparado con esos delitos hacia los cuales, sin duda, fue que apuntó, apenas concluida la segunda guerra mundial, el referido Pacto Internacional; lo que hace aún más absurda la sentencia.

30. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFORMANDO LEYES COMO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, AUTO-PROCLAMÁNDOSE, SIN LÍMITES, COMO LEGISLADOR POSITIVO

Revista de Derecho Público, N° 128, oct-dic. 2011,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 17-204

Resumen: *Este Comentario analiza la sentencia N° 1683 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de noviembre de 2008 en la cual se autoproclamó como “legislador positivo,” considerando “conservador” el principio de la separación de poderes.*

Palabras claves: *Jurisdicción Constitucional. Legislador negativo. Legislador positivo. Separación de poderes.*

Abstract: *This comment refers to the decisio N° 1683 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, o November 4, 2008 in which the Chamber proclaimed it self al “positive legislator” considering the principle of separation of Powers as “conservative.”*

Key words: *Judicial Review. Negative Legislator. Positive Legislator. Separation of Power.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1683 de 4 de noviembre de 2008 (Caso *Defensoría del Pueblo*),¹ con motivo de decidir una aclaratoria solicitada por la Defensora del Pueblo respecto del contenido de la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008,² en la cual había declarado parcialmente con lugar la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se había interpuesto contra el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública; para declarar sin lugar la mencionada solicitud de aclaratoria, procedió a establecer las bases de lo que consideró, primero, el supuesto carácter de “conservador” del principio de la separación de poderes; y segundo, el rol de la sala, abiertamente como Legislador positivo no previsto en la Constitución.

I

En efecto, en la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional anuló parcialmente los ordinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, declarando que la Defensoría Pública estaría adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, a cuyo efecto la Sala procedió a establecer la forma como entonces quedaban redactados dichos artículos.

La Constitución de 1999 de 1999 hace referencia a la Defensa Pública en tres normas: *Primero*, en el artículo 253 donde se la enumera dentro de los órganos e instituciones integrantes del “sistema de justicia;” *segundo*, en el artículo 267 en el cual se indica que 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”, y *tercero*, en el artículo 268, en el cual se indica que “la ley establecerá la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor o defensora.”

Supuestamente conforme a estas normas, el Sistema Autónomo de la Defensa Pública fue creado transitoriamente en 2000³ por la ahora (desde 2010) extinta Comisión de Funcionamiento y Reestructuración

¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 222 ss.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm>

³ Véase Resolución N° 1.191 del 16 de junio de 2000, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.024 del 29 de agosto de 2000

del Sistema Judicial, como servicio adscrito a la misma, y solo fue regulado por la Asamblea Nacional en 2007, mediante la Ley Orgánica de la Defensa Pública.⁴

La Ley Orgánica reconoce la autonomía del Servicio, pero en su artículo 3, sin embargo, lo adscribió a la Defensoría del Pueblo, que es un órgano perteneciente al Poder Ciudadano. Esta circunstancia originó que dicha norma fuese impugnada por ante la Sala Constitucional, por un grupo de funcionarios de la Defensoría Pública, por considerarse que violaba los mencionados artículos 253 y 267 constitucionales, resultando la mencionada sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008 de la Sala Constitucional en la cual se consideró, que como la Defensoría del Pueblo no era parte del sistema judicial pues no está enumerada en el artículo 253, la adscripción de la Defensoría Pública, que si es parte integrante del sistema de justicia, a la misma, era inconstitucional. La Sala Constitucional, en definitiva, dado que la Defensa Pública está en la Constitución dentro del Poder Judicial, y sometida a la inspección y vigilancia del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que “no puede estar adscrita a ningún Poder o ente que no pertenezca ha dicho sistema de justicia.”

De ello resultó la declaratoria de nulidad parcial del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, “pues al establecer la adscripción orgánica de la Defensa Pública a la Defensoría de Pueblo, órgano del Poder Ciudadano, desconoció la preeminencia –constitucionalmente conferida- al Tribunal Supremo de Justicia,” procediendo la Sala a indicar pura y simplemente, como “efecto de la nulidad parcial decretada,” que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, a reformar la Ley indicando que la norma “queda redactado” en otra forma, indicando que la Defensoría Pública está “*adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, al cual le corresponde su inspección y vigilancia*”.

En esta forma, la Sala Constitucional al anular la norma procedió a reformar el texto del artículo, dándole una nueva redacción, considerando igualmente inconstitucionales otras previsiones de la Ley “en virtud de la adscripción orgánica de la Defensa Pública al Tribunal Supremo de Justicia” que la propia Sala del Tribunal había “decretado,” procediendo entonces a declarar “la nulidad parcial” de los artículos 11, 12, 13 y 15, numerales 5 y 7 de la Ley.

En cuanto a los artículos 11, 12 y 13 de la Ley, en ellos la Asamblea Nacional había establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional;” el procedimiento para la designación y, además, que el mismo podía ser removido “por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de esta o a instancia del Defensor del Pueblo.”

El texto de estas normas era el siguiente:

“Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. La Asamblea Nacional, sesenta días antes del vencimiento del período para el cual fue designado el Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones, el cual estará presidido por el Defensor del Pueblo e integrado, además, por representantes de diversos sectores de la sociedad. El mecanismo de selección de estos últimos estará a cargo de la Asamblea Nacional.

Este Comité adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá el listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, para ser presentado a la Asamblea Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes al inicio del respectivo proceso.

La Asamblea Nacional, a partir de la fecha de recepción del listado de aspirantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

“Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de esta o a instancia del Defensor del Pueblo”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo entonces argumentó que:

⁴ Véase *Gaceta Oficial* N° 38.595 del 2 de enero de 2007

“como quiera que el Servicio de la Defensa Pública depende orgánicamente del Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a éste, como máximo órgano rector del Poder Judicial, en Sala Plena, por ser su órgano directivo, la designación por elección y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública.”

Y en consecuencia procedió a “modificar el procedimiento establecido en los ya referidos artículos 11, 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública,” copiándolos íntegramente, cual Legislador, establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la *Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia*,” el procedimiento para la elección del Director, y además, que el mismo podía ser removido “*por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes*,” Como lo dijo el Magistrado que emitió el Voto disidente en el fallo, la sentencia “no se limitó a la modificación de la referencia al órgano con competencia para la designación y remoción del Director Ejecutivo de la Defensa Pública, sino que, además, modificó, sin mayor justificación, el modo en que ha de hacerse esa designación.” El Magistrado disidente destacó que con la sentencia se:

“modificó el mecanismo que preceptuaba el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública para la selección de quien deba ser designado Director Ejecutivo de ese Servicio, mecanismo que tenía, como fundamento, el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos que recogió el artículo 62 de la Constitución.”

Con esta violación al derecho a la participación política de los ciudadanos, el nuevo texto de las normas decretado por la Sala es el siguiente:

“*Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo.* El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, previo listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, escogerá al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes.

Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

La Sala Constitucional, además, procedió a modificar -reformular- los numerales 5 y 7 del artículo 15 de la Ley en lo relativo a la obligación por parte del Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, de consignar el proyecto de presupuesto de la Defensa Pública y presentar el informe anual de su gestión ante la Defensoría del Pueblo; lo cual fue cambiado y en lugar de ante la Defensoría del Pueblo, la Sala dispuso que dicha presentación debe hacerse ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, copiando el texto íntegro del nuevo artículo 15 de la Ley.

Sin duda, la Sala Constitucional se excedió en su control de constitucionalidad, procediendo abiertamente a actuar como legislador, reformando varios artículos de la ley, dándoles una nueva redacción introduciendo modificaciones sustantivas sobre aspectos respecto de los cuales no había siquiera ningún cuestionamiento de constitucionalidad, y cercenando más bien un derecho ciudadano. La Sala Constitucional, por lo demás, no reformó la ley ni dictó las nuevas normas para garantizar derecho constitucional alguno.

II

Fue precisamente respecto de esta sentencia que sin duda también entra en los anales de la patología de la justicia constitucional, que la Defensora del Pueblo solicitó de la Sala Constitucional la aclaratoria de la misma, argumentando extensamente para fundamentar su solicitud de aclaratoria, sobre “*un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación, procedió a modificar el contenido original de la norma,*” denunciando que la Sala había extendido su pronunciamiento “*a la modificación de otros dispositivos de ley que estimó estrechamente vinculados a la nulidad*” y en un consecuente “*ejercicio legislativo*” modificó las normas relativas a “*la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública, contenidas en los artículos 11, 12 y 13 que establecen, conforme a la decisión de la Asamblea Nacional en el ejercicio de la potestad delegada por el Pueblo.*”

Después de proceder a realizar una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al lapso para solicitar aclaratorias de sentencias, la Sala se refirió a la aclaratoria en relación con las sentencias de efectos *erga omnes* como las relativas a las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos o las dictadas en juicios de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad, y a las decisiones dictadas con ocasión de una interpretación de una norma constitucional. En cuanto a las sentencias anulatorias, la Sala consideró que por sus efectos *erga omnes*, “no recaen únicamente a favor o en contra de los que realmente se constituyeron en partes en el proceso, sino que pueden verse afectados ciudadanos que no actuaron en juicio y respecto de los cuales pudiera haber imprecisiones en el fallo objeto de aclaratoria en relación con su situación particular, debido a que sus argumentos no fueron debatidos en el proceso, justamente, por no ser partes.”

La Sala, sin embargo, frente a la solicitud de la Defensora del Pueblo, indicó que la aclaratoria de sentencias debe circunscribirse únicamente a la rectificación de los posibles errores materiales en que puede incurrir el juez previstos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (error o cálculo numérico, errores de copia o referencias, omisión o puntos oscuros), y en modo alguno “puede afectar la seguridad jurídica ni constituirse en un medio de impugnación tendente a efectuar un nuevo análisis de los argumentos expuestos por las partes en el juicio,” considerando que en el caso concreto, la Defensora del Pueblo lo que pretendía era “obtener un nuevo pronunciamiento por no compartir los argumentos expuestos por esta Sala en el fallo objeto de aclaratoria;” particularmente por el alegato de que la sentencia había sido producto de un “*pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación.*”

Como consecuencia, la Sala declaró improcedente la aclaratoria solicitada, para lo cual, dado que la Defensora del Pueblo había “osado” cuestionar “la extralimitación -a su decir- en el ejercicio de la potestad normativa de esta Sala, ‘*contraviniendo el Texto Constitucional,*’ procedió a construir una doctrina sobre sus poderes “legislativos,” o de la legitimidad de su actuación en general, como “legislador positivo.”

Para ello, la Sala Constitucional comenzó rememorando el origen del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, afirmando que, en Venezuela, la jurisdicción constitucional resultante, conforme al artículo 215 de la Constitución de 1961, era ejercida:

“por la otrora Corte Suprema de Justicia en pleno, la cual se limitaba al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad siguiendo el modelo de Kelsen, contenido por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Dicho modelo de control concentrado se caracterizaba principalmente, por constituir un sistema especializado, cuyas decisiones son de efectos *erga omnes*, *ex nunc* y tienen el valor de cosa juzgada.”

En efecto, el modelo de justicia constitucional austríaco se caracteriza por ser un sistema abstracto y principal, pues se realiza un examen genérico de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente.

Otro rasgo característico de dicho sistema es la especialización respecto del órgano jurisdiccional -tribunal constitucional- que monopoliza el rechazo de la ley y su anulación por contravenir postulados constitucionales. Siendo ello así, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley en estos términos se convierte en un legislador negativo.”

III

En contraste con ese rol, la Sala Constitucional pasó a argumentar que en la Constitución de 1999, en cambio, dado lo “novedoso” del “órgano al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad “se ve en gran modo ampliada” colocando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “con las atribuciones que anteriormente poseía la Corte en Pleno para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad”, y además, otorgándole “novedosas competencias enmarcadas bajo el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución” contenidas en los artículos 334 y 336 de la Constitución, que “ejerce de manera exclusiva como máxima y última intérprete del Texto Fundamental.” Ello, por supuesto, no es cierto, ya que, en sustancia, las potestades de control en la Constitución de 1999 son similares a las que existían en la Constitución de 1961.

En todo caso, a juicio de la Sala Constitucional, con la “ampliación” de sus competencias en la Constitución de 1999:

“la situación de ésta cambió radicalmente en lo que respecta a su competencia anulatoria como un simple legislador negativo, habida cuenta que no podría dicha Sala ejercer su rol como máxima garante del Texto Constitucional si se limita o circunscribe dicha labor únicamente a actuar como un legislador negativo; tampoco podría cumplir con el mandato constitucional de última intérprete de las normas fundamentales, bajo un esquema clásico de la absoluta separación de poderes, que no engrana, en modo alguno, con los valores superiores que propugna la Carta Magna de 1999.”

De esta afirmación, la Sala Constitucional pasó a constatar que el clásico principio de la separación de poderes ya aparecía matizado en la Constitución de 1961, resultando “más que una separación absoluta de poderes” una “colaboración” entre las distintas ramas del Poder Público, resultando ahora que dada la:

“existencia de una novedosa jurisdicción constitucional, la conservadora separación absoluta de poderes se plantea de una manera distinta, pues ante un Estado democrático, de Justicia y de Derecho, que propugna como valores superiores, entre otros, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, no resulta acorde ni conveniente una concepción rígida y aislada respecto de la actividad ejercida por cada uno de los poderes públicos; antes por el contrario, no sólo se justifica sino que se hace necesaria la colaboración de los poderes entre sí, propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro, en aras de lograr la tutela efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables.”

De lo anterior concluyó la Sala Constitucional afirmando que “con ocasión de las nuevas competencias” que le son atribuidas:

“en ejercicio de la jurisdicción constitucional, resulta evidente que la misma, más que un legislador negativo en los términos en que se concebía conforme al modelo clásico del control concentrado austríaco que tradicionalmente han ejercido los tribunales o cortes constitucionales, se erige como un legislador positivo, pues la declaratoria de nulidad de una norma por contravenir con la Constitución, ineluctablemente produce un vacío que lejos de garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales más bien haría nugatorio su ejercicio, habida cuenta que si bien se cumpliría con la obligación de los jueces de emitir respuesta a las pretensiones de los justiciables, sólo se aludiría a la eficacia de los órganos jurisdiccionales pero no a su efectividad, pues se consumiría una justicia formal mas no material.”

Es evidente que los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo, en muchas ocasiones, han actuado como legisladores positivos, particularmente en materia control de constitucionalidad para suplir temporalmente las omisiones del legislador cuando afectan derechos fundamentales, y en particular en materia de protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación;⁵ pero de allí a afirmar que en general, los Tribunales Constitucionales se erigen en legisladores positivos, porque supuestamente el principio de la separación de poderes haya que desconocerlo por sea ahora algo “conservador,” hay una distancia muy grande en medio de la cual está la Constitución.

Incluso, la “ilustración” que la Sala aporta para argumentar sobre la necesidad de su labor en ejercicio de la jurisdicción constitucional “no solo como un legislador negativo sino también positivo,” se refiere exclusivamente a su competencia “para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (cardinal 7 del citado artículo 336).

Competencia que a decir de la Sala, la autoriza para, en caso de que en el plazo fijado el órgano legislativo no cumpla con sus obligaciones, poder “ejercer competencias políticas o legislativas,” las cuales sin embargo considera de carácter temporal, “hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional” como la Sala dijo haberlo resuelto en la sentencia N° 1043 del 31 de mayo de 2004 (caso: “*Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara*”).

La Sala Constitucional luego pasó a razonar que los vacíos legislativos no sólo se derivaban de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sino también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una norma por inconstitucional, lo que igualmente resulta en “una ausencia de regulación de un postulado fundamental,” de lo que emana la necesidad de realizar una “labor integradora” para no dejar a la deriva “la efectividad de un derecho constitucional,” cubriendo entonces “la

⁵ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, 2011.

ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio;” “labor productora e integradora de Derecho” que la Sala misma calificó como “legítima,” derivada de su obligación de “hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.”

Todas esas competencias, a juicio de la Sala Constitucional, “la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional,” estimando en cambio “que su labor como legislador positivo”, queda “evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación,” lo cual a juicio de la Sala “también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.”

Todo lo anterior le sirvió a la Sala Constitucional para afirmar, pura y simplemente que:

“resulta innegable el replanteamiento del rol de la jurisdicción constitucional en el proceso de producción del derecho, habida cuenta de la legitimidad de la Sala Constitucional en los términos antes referidos, no sólo para anular o rechazar una disposición por colidir con la Constitución sino también para determinar su interpretación vinculante y establecer los lineamientos para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma fundamental o para su aplicación inmediata.”

En esta forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desconoció el principio de la separación de poderes garantizado en el artículo 136 de la Constitución; violó el artículo 187.1 de la Constitución que asigna a la Asamblea Nacional la potestad de “legislar en las materias de la competencia nacional,” y el artículo 218 que reserva a la Asamblea la potestad de reformar las leyes, usurpando en esa forma dichas competencias. De ello resultó, sin duda, que su sentencia quedó como ineficaz y nula conforme al artículo 138 de la Constitución. Con esta sentencia, por otra parte, al autoproclamarse la Sala como legislador positivo, reformó (mutó) ilegítimamente la Constitución, y todo ello, sin que pueda ejercerse un control sobre la misma.

Con sentencias como esta, por supuesto, como sucede en cualquier régimen autoritario, la pregunta de siempre frente al poder incontrolado: *¿Quis Custodiet Ipsos Custodes?*,⁶ queda sin respuesta.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación-”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Publicado en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

31. EL ILEGÍTIMO “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA: CASO: LEOPOLDO LÓPEZ vs. VENEZUELA. Septiembre 2011

Revista de Derecho Público, N° 128, oct-dic. 2011, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 227-250

Resumen: *Este Comentario busca analizar la sentencia N° 1547 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos), en la cual procedió al conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1° de septiembre de 2011 (caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela), concluyendo en que la misma es “inejecutable” en Venezuela, negándole al Sr. López la protección internacional de su derecho a ser electo.*

Palabras claves: *Jurisdicción Constitucional. Derechos Humanos, Protección Internacional. Derecho a ser electo. Corte Interamericana de derechos Humanos.*

Abstract: *This Comment is intended to analyze the decision N° 1547 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of October 17, 2011 (Case: Estado Venezolano v. Corte Interamericana de Derechos Humanos), in which the Chamber decide an “in nominated action of judicial review” of the decision of the Inter American Court of Human Rights dated September 1, 2011 (Case: Leopoldo López v. Estado de Venezuela), concluding that it was “non enforceable” in Venezuela, denying Mr. López constitutional protection of his political right to be elected.*

Key words: *Judicial Review. Human Rights, International Protection. Right to be elected. Inter American Court of Human Rights*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características fundamentales de la Justicia Constitucional, o del derecho procesal constitucional contemporáneo, es que los Tribunales, como garantes de la Constitución, no sólo tienen que estar sometidos, como todos los órganos del Estado, a las propias previsiones de la Constitución, sino que deben ejercer sus competencias ceñidos a las competencias establecidas en la misma o en las leyes, cuando a ellas remita la Constitución para la determinación de la competencia.

En particular, la competencia de la Jurisdicción Constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad siempre ha sido considerada como de derecho estricto que tiene que estar establecida expresamente en la Constitución, y no puede ser deducida por vía de interpretación. Es decir, la Jurisdicción Constitucional no puede ser creadora de su propia competencia, pues ello desquiciaría los cimientos del Estado de derecho, convirtiendo al juez constitucional en poder constituyente.¹

En el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional, tiene asignadas las competencias que se enumeran en el artículo 336 de la Constitución y en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, no estando prevista en ninguna

¹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2011.

de esas normas una supuesta competencia para someter a control de constitucionalidad, mediante el ejercicio ante ella de una acción e incluso de oficio, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aparte de que ello sería contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, que es de obligatorio cumplimiento mientras el Estado no la denuncie, es contrario al propio texto de la Constitución venezolana que en su artículo 31 prevé como obligación del propio Estado el adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),² procedió al conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1° de septiembre de 2011 (*caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), que no existe en el ordenamiento constitucional venezolano, ejercida por el Procurador General de la república condenado en la sentencia.

Dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo demás, había decidido, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, era contraria a la Convención, pues dichas restricciones a derechos políticos sólo puede establecerse mediante imposición de una condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso.

En efecto, el derecho político a ser electo del Sr. Leopoldo López le había sido violado por la Contraloría General de la República, al esta dictar autos de responsabilidad administrativa contra el mismo aplicando el artículo 105 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, imponiéndole mediante actos administrativos la “pena” de inhabilitación política como ex funcionario que es, sancionándolo de manera de restringirle su derecho político al sufragio pasivo que, al contrario, sólo puede ser restringido, acorde con la Constitución (art. 65) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), mediante sentencia judicial que imponga una condena penal.

En tal virtud, el Sr. López recurrió mediante denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando su derecho, resultando la decisión de ésta última condenando al Estado venezolano por violación de dicho derecho al ejercicio pasivo al sufragio en perjuicio del Sr. Leopoldo López, ordenando la revocatoria de las decisiones de la Contraloría General de la República y de otros órganos del Estado que le impedían ejercer su derecho político a ser electo por la inhabilitación política que le había sido impuesta administrativamente.

Debe decirse que ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con anterioridad, y en franca violación de la Constitución, ya había resuelto en su sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008³ (*caso Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República*), que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no era violatorio de la Constitución ni de la Convención Americana de Derechos Humanos, admitiendo que mediante ley se podían establecer sanciones administrativas de inhabilitación política contra ex funcionarios, impidiéndoles ejercer su derecho político a ser electos, como era el caso de las decisiones dictadas por la Contraloría General de la República.

En todo caso, frente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condena al Estado Venezolano por violación del derecho político del Sr. Leopoldo López, el Procurador General de la República, como abogado del propio Estado condenado, recurrió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole la revisión judicial por control de constitucionalidad de la misma, de lo cual resultó la sentencia mencionada N° 1547 de 17 de octubre de 2011 de la Sala Constitucional mediante la cual decidió conocer de una “acción innominada de control de la constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana, y declarar que la sentencia dictada por la misma en protección del Sr. López era “inejecutable” en Venezuela, ratificando así la violación de su derecho constitucional a ser electo, y que le impedía ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

Todo esto ha originado una bizarra situación de violación de derechos políticos por parte de los órganos del Estado venezolano, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y de formal desconocimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, a requerimiento del abogado del propio Estado condenado, y al declararlas como “inejecutables” en el país.

II. LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO POLÍTICO AL SUFRAGIO PASIVO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En efecto, la Contraloría General de la República de Venezuela, con ocasión de diversas averiguaciones administrativas abiertas contra el Sr. Leopoldo López Mendoza, quien había sido Alcalde de uno de los Municipios de la capital de la República (Chacao), de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría le impuso diversas sanciones administrativas, y entre ellas, la de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, afectándole en esa forma su derecho constitucional a ser electo para cargos de elección popular.

El Sr. López presentó denuncia de violación de diversos de sus derechos fundamentales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y esta posteriormente presentó formal demanda contra el Estado Venezolano, denunciando la violación, entre otros, del derecho de ser elegido del Sr. Leopoldo López, que estimó le había sido infligido por la Contraloría General de la República al imponerle sanciones de inhabilitación en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría, y con ocasión de un procedimiento administrativo de averiguaciones administrativas, las cuales le habían impedido a dicho ciudadano registrar su candidatura para cargos de elección popular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 1 de septiembre de 2011 dictó sentencia (caso *López Mendoza vs. Venezuela*) (Fondo, Reparaciones y Costas), en la cual, entre las múltiples violaciones denunciadas, se refirió específicamente a la violación del derecho político a ser electo, para lo cual pasó a determinar

“si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular” eran o no compatibles con la Convención Americana de derechos Humanos” (Párr. 104).

A tal efecto, la Corte Interamericana constató que el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad:

“i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;

ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y

iii) a acceder a las funciones públicas de su país”(Párr. 106).

Estos derechos, como todos los que consagra la Convención, es bueno recordarlo, al decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, conforman:

“una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.”⁴

Por otra parte, la Corte Interamericana precisó que en artículo 23.2 de la Convención es el que determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos antes indicados reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción.

⁴ Véase sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>. La Sala, sin embargo, en la misma sentencia se lamentaba que en la Convención no había -norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.- *Idem*

Ahora bien, en el caso sometido a su consideración, que se refería “a una restricción impuesta por vía de sanción,” la CIDH consideró que debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal,” estimando que en el caso:

“ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal,” en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Párr. 107).

La Corte Interamericana, en su decisión, reiteró su criterio de que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades;” término este último que implica, al decir de la Corte Interamericana, “la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.” En el caso decidido en la sentencia, la Corte Interamericana precisamente consideró que “si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido” (Párr. 108).

Fue en virtud de los anteriores argumentos que la Corte Interamericana determinó que el Estado venezolano violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Leopoldo López Mendoza (Párr. 109), concluyendo que:

“el Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia” (Párr. 249).

Por otra parte, la Comisión Interamericana había solicitado la Corte Interamericana que se ordenase al Estado el adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza (Párr. 214), sobre lo cual, sus representantes solicitaron la restitución plena en el ejercicio de su “derecho político a ser electo” según el artículo 23 de la Convención, a fin de poder presentarse “como candidato en las elecciones que se celebren en la República Bolivariana de Venezuela,” solicitando además, que se dejasen sin efecto “las decisiones de inhabilitación dictadas por la Contraloría General de la República y por las distintas ramas del Poder Público Nacional “en el marco de las inhabilitaciones políticas administrativas;” y que se requiriera al Estado que el Consejo Nacional Electoral permitiera la su inscripción y postulación electoral para cualquier proceso de elecciones a celebrarse en Venezuela (Párr. 214).

Sobre esto, y en virtud de considerar que en el caso se habían violado los artículos 23.1.b, 23.2 y 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 109, 149, 205 y 206), la CIDH declaró que:

“el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia (Párr. 217).

Consecuencialmente, la CIDH declaró que el Estado debía “dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República (*supra* párrs. 58 y 81), mediante las cuales se declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del señor López Mendoza por un período de 3 y 6 años, respectivamente” (Párr. 218), concluyendo en la parte final del fallo, con las siguientes dos disposiciones:

“2. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo;”

“3. El Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones N° 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, en los términos del párrafo 218 del presente Fallo.”

II. SOBRE LA “ACCIÓN INNOMINADA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU TRÁMITE

Contra la antes mencionada sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de septiembre de 2011, algo más de tres semanas después, el día 26 de septiembre de 2011, el Procurador General de la República, actuando en representación del Estado Venezolano, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo que denominó como una “acción innominada de control de constitucionalidad,” la cual la Sala, sin competencia alguna para ello y en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato, decidiéndola en sólo veinte días mediante sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011.⁵

El Procurador General de la República, al intentar la acción, justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (Arts. 266.1, 334, 335 y 336 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), considerando básicamente que la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país,” considerando en general que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental.”

Luego de analizar la sentencia de la Corte Interamericana, y referirse al carácter de los derechos políticos como limitables; y a la competencia de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 105 de su Ley Orgánica para garantizar una “Administración recta, honesta, transparente en el manejo de los asuntos públicos, dotada de eficiencia y eficacia en la actividad administrativa en general, y especialmente en los servicios públicos” y para imponer “la sanción de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas;” considerar que lo que le Contraloría le había impuesto al Sr. Leopoldo López había sido una “inhabilitación administrativa” y no una inhabilitación política que se “corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal;)” que las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana con ordenes dirigidas a órganos del Estado “se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos,” estimando que la Corte Interamericana no puede “valerse o considerarse instancias superiores ni magnánimas a las autoridades nacionales, con lo cual pretendan obviar y desconocer el ordenamiento jurídico interno, todo ello en razón de supuestamente ser los garantes plenos y omnipotentes de los derechos humanos en el hemisferio americano”: y en fin, estimar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desconocía “la lucha del Estado venezolano contra la corrupción y la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Venezuela el 2 de junio de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 2 de febrero de 2009;” el Procurador General de la República consideró que la mencionada sentencia de la Corte Interamericana transgredía el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la República solicitó de la Sala Constitucional que admitiera lo que llamó la “acción innominada de control de constitucionalidad”, a los efectos de que la Sala declarase “inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011.”

Sobre esta “nueva” acción propuesta por el Procurador para el control de constitucionalidad de sentencias dictadas en contra del Estado por la Corte Interamericana, la Sala Constitucional aclaró en su sentencia que el Procurador no pretendía que se declarase “la nulidad” ni de la Convención Americana de

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclarando por ello, la propia Sala que, por tanto, la “acción innominada intentada” no era un “recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad” el cual consideró la Sala que no resultaba el idóneo.

La Sala, por otra parte, también descartó que se tratase de una acción de “colisión de leyes,”

“pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional.”

Luego de descartar esas hipótesis de acciones de nulidad o de colisión de leyes, y precisar que de lo que se trataba con la acción intentada era determinar la “controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional,” concluyó, en definitiva, que de lo que se trataba era de una acción mediante la cual se pretendía:

“ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

Es bien sabido en el mundo de la justicia constitucional, que el juez constitucional como todo órgano del Estado está, ante todo, sometido a la Constitución, por lo que debe ceñirse a ella no sólo en la emisión de sus sentencias, sino en el ejercicio de sus propias competencias. Para que el juez constitucional sea garante de la Constitución tiene que ejercer las competencias que la Constitución le atribuye, pues de lo contrario si ejerciera competencias distintas estaría actuando como Poder Constituyente, modificando la propia Constitución, en violación a la misma. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en este caso, al “inventar” la Sala Constitucional una nueva acción para el control de constitucionalidad, siguiendo la orientación que ya ha sentado en otros casos, como cuando “inventó” la acción autónoma y directa de interpretación abstracta de la Constitución mediante sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León*)⁶ que por lo demás cita con frecuencia en su sentencia. En aquella ocasión y en esta la Sala Constitucional actuó como poder constituyente al margen de la Constitución.⁷

Ahora bien, en el caso concreto, identificado el objeto de la acción “innominada” que intentó el Estado Venezolano ante la Sala Constitucional, la misma consideró que le correspondía en “su condición de último interprete de la Constitución,” realizar “el debido control de esas normas de rango constitucional” y ponderar “si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación.”

Para determinar el “alcance” de esta “acción de control constitucional” la Sala Constitucional recordó, por otra parte, que ya lo había hecho en anterior oportunidad, al “conocer sobre la conformidad constitucional” del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*),⁸ mediante la cual “asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.”⁹

Ahora bien, en virtud de que esta previsión legal atributiva de competencia desapareció de la nueva ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, lo que significaba que “la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” había “sufrido un cambio” al no estar incluido en

⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

⁷ Véase Daniela Urosa M, Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 96, Caracas 2011. Véase nuestro -Prólogo- a dicho libro, -Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa-, pp. 9-70.

⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

⁹ En dicha norma de la Ley de 2004 se disponía como competencia de la Sala: -Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano-.

contenido de dicha previsión atributiva de competencia en el artículo 25 de la nueva Ley Orgánica, la Sala, en ausencia de una previsión legal expresa que contemplase “esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad,” la Sala pasó a

“invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.”

Debe recordarse que la mencionada sentencia “invocada” N° 1077/2000, fue la dictada en 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*) en la cual, la Sala, sin competencia constitucional ni legal alguna, y sólo como resultado de la función interpretativa que el artículo 335 de la Constitución le atribuye, “inventó” la existencia de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución.¹⁰

Por ello, la Sala ahora hace la “invocación” a dicha sentencia, pasando luego comentar la competencia establecida en el artículo 335 de la Constitución, la cual en realidad, es una competencia que se atribuye al todo el Tribunal Supremo de Justicia, en todas sus Salas -y no sólo a la Sala Constitucional-, que es la competencia general de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” para lo cual el Tribunal Supremo en su totalidad -y no sólo la Sala Constitucional- se lo define como “el máximo y último intérprete de la Constitución” correspondiéndole velar “por su uniforme interpretación y aplicación.”

De manera que recordando la “invención” de ese recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, la Sala pasó a constatar, sin embargo, que el Legislador había eliminado la previsión antes indicada establecida en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 que la Sala también había “invocado” para decidir el caso mencionado de la inejecución de la sentencia de la Corte Interamericana condenando al Estado por violación de los derechos de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; y desconociendo esa expresa voluntad del Legislador de eliminar dicha norma del ordenamiento jurídico, pasó a constatar que el propio Legislador no había “dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “*decisiones emanadas de los órganos internacionales*” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte),” afirmando entonces *de oficio*, que:

“el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental.”

Es decir, la Sala Constitucional, no sólo desconoció la voluntad del Legislador en eliminar una norma del ordenamiento jurídico, sino que calificó dicha decisión como una “omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución,” siendo la consecuencia de ello, la declaratoria de la Sala de asumir la competencia, que ni la Constitución ni la ley le atribuyen:

“para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

¹⁰ Véase sobre esta sentencia los comentarios en Marianella Villegas Salazar, -Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional-, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 417 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, -Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla-, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70, y -*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación-, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27, y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489. Este último trabajo fue también recogido en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la In-Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

En esta forma quedó formalizada por voluntad de la Sala, la “invención” de una modalidad de control de constitucionalidad, la cual puede tener su origen en una acción pero que la Sala declaró que también podría ejercer *de oficio*. No es esta, sin embargo, la primera vez que la Sala Constitucional muta la Constitución específicamente en materia de justicia constitucional.¹¹

En cuanto a la “acción” intentada por el Procurador en este caso, la Sala Constitucional la admitió pura y simplemente, pasando a disponer que como no se trataba de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), “sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo”, la Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determinó que “al tratarse de una cuestión de mero derecho,” la causa no requería de sustanciación, ignorando incluso el escrito presentado por el Sr. López, entrando a decidir la causa “sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho,” incluso, “omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados,” todo ello, a juicio de la Sala, “en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis.” La violación al debido proceso y a la necesaria contradicción del proceso constitucional fue evidente, sólo explicable por la urgencia de decidir y complacer al poder.

Quedó en esta forma “formalizada” en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Venezuela, actuando como Jurisdicción Constitucional, y sin tener competencia constitucional alguna para ello, la existencia de una “acción innominada de control de constitucionalidad” destinada a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, el Estado venezolano, con esta sentencia, estableció un control de las sentencias que la Corte Interamericana pueda dictar contra el mismo Estado condenándolo por violación de derechos humanos, cuya ejecución en relación con el Estado condenado, queda a su sola voluntad, determinada por su Tribunal Supremo de Justicia a su propia solicitud (del Estado condenado) a través del Procurador General de la República. Se trata, en definitiva, de un absurdo sistema de justicia en el cual el condenado en una decisión judicial es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Eso es la antítesis de la justicia.

III. EL TEMA DE LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, LA NEGACIÓN DEL PODER DE LOS JUECES A DECIDIR SU APLICACIÓN PREFERENTE, Y EL MONOPOLIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ASUMIDO POR LA SALA RESPECTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en fecha 17 de octubre de 2011, en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato la “acción innominada intentada por el Procurador General de la República en nombre del Estado condenado, la cual fue decidida en sólo veinte días mediante sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),¹² en la cual entre las “motivaciones para decidir,” la sala pasó a analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, en la cual, como se dijo, la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado “por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República;” y en la cual la Corte Interamericana resolvió el caso “mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con “una condena, por juez competente, en proceso penal” (destacado de la Sala).

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad. Trabajo elaborado para el *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; -La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela.- en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325.

¹² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

Entre los primeros párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana que se sometió a revisión judicial, la Sala Constitucional destacó el siguiente sobre el rango constitucional y la fuerza obligatoria de los Convenios internacionales en materia de derechos humanos el derecho interno, como lo indica el artículo 23 de la Constitución,¹³ y la obligación de los jueces de ejercer el control de convencionalidad para asegurar su aplicación, en el cual la Corte Interamericana dijo:

“Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*” (destacado nuestro)

Esta última afirmación de la Corte Interamericana, que copió la Sala Constitucional en su sentencia, sin embargo, en la misma fue abiertamente contradicha cuestionando la Sala cualquier valor o jerarquía constitucional que conforme al artículo 23 de la Constitución puedan tener las propias sentencias de la Corte Interamericana.

En efecto, sobre el tema de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a la mencionada norma del artículo 23 de la Constitución, la Sala Constitucional acudió a lo que ya había decidido anteriormente en su sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación artículos del Código Penal sobre leyes de desacato*),¹⁴ en la cual había precisado que el artículo 23 constitucional, “se refiere a normas que establezcan derechos, *no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados*, (destacado de la Sala) sino sólo a normas creativas de derechos humanos,” es decir,

“que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

De lo anterior resulta entonces la afirmación de la Sala de que es ella la que tiene el monopolio en la materia de aplicación en el derecho interno de los tratados internacionales mencionados, contradiciendo el texto del artículo 23 de la Constitución que dispone que dichos tratados “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público,” afirmando, al contrario, que ella es la única instancia judicial llamada a determinar “*cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; competencia esta última que supuestamente emanaría ‘de la Carta Fundamental’*” –sin decir de cuál norma– afirmando que la misma “*no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país*” (destacados de la Sala).

De lo contrario, llegó a afirmar la Sala en dicha sentencia, “se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.”

¹³ Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Véase sobre esta norma Allan R. Brewer-Carías, -Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos,- en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13^{er} año, Tomo I, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2007, pp. 63 a 119.

¹⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

En definitiva, la Sala Constitucional decidió que las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo “*se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución,*” concluyendo que “a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones”; es decir, que si la Corte Interamericana, por ejemplo, “*amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos*” (subrayados de la Sala).

Por tanto, no existe órgano jurisdiccional alguno por encima del Tribunal Supremo de Justicia, y si existiera, por ejemplo, en materia de integración económica regional o de derechos humanos, sus decisiones “*no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República*” (subrayados de la Sala), es decir, en forma alguna pueden contradecir las normas constitucionales venezolanas, pues de lo contrario “carecen de aplicación en el país” Así lo declaró la Sala.

IV. LA REITERACIÓN DE LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER SUPRA-CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS AÚN CUANDO CONTENGAN NORMAS SOBRE SU GOCE Y EJERCICIO MÁS FAVORABLES A LAS ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

Ahora, sobre la prevalencia en el orden interno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional, afirmó la Sala que ello es solo, conforme al artículo 23 de nuestro texto fundamental, “*en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables*” a las establecidas en la Constitución; pasando entonces a juzgar sobre la constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, comenzando por “determinar el alcance” del fallo “y su obligatoriedad.”

Observó para ello la Sala que en dicho fallo se consideró como su “punto central”:

“la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.”

Para analizar esta decisión, la Sala Constitucional comenzó por reiterar lo que antes había decidido en la sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*)¹⁵ en el sentido de que la protección internacional que deriva de la Convención Americana es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos,” es decir, que la Corte Interamericana “no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno” que goza de supremacía.

La Sala, además, indicó que el artículo 23 de la Constitución antes citado, contrariando su expreso contenido según el cual “prevalecen en el orden interno” –incluyendo la Constitución–, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución,” indicó que:

“no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘*supraconstitucional*,’ por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”¹⁶

¹⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss. Véase sobre esa sentencia Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional vs. La justicia internacional en materia de derechos humanos-, en *Revista de Derecho Público*, N° 116, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 249-260; y -La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela-, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, umen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

¹⁶ Se refiere de nuevo la Sala a la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CONFORME AL PROYECTO POLÍTICO DEL GOBIERNO Y EL RECHAZO A LOS VALORES UNIVERSALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Adicionalmente la Sala se refirió a otro fallo anterior, N° 1309/2001, en el cual había considerado que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).” Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica,” no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado sobre un sistema político de separación de poderes, democracia representativa y libertad económica, sino el que ha venido definiendo el gobierno contra la Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala, como propia de un Estado centralizado, que niega la representatividad, montado sobre una supuesta democracia participativa controlada y de carácter socialista,¹⁷ declarando la Sala que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional “*deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución*”- *que la Sala no deja de llamar como el del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” precisando que:*

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” (subrayados de la Sala)

Concluyó así, la sentencia, que “*no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución,*” siendo inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional” (Subrayados de la Sala).

De allí concluyó la Sala reiterando lo que ya había ya decidido en la sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008¹⁸ en el sentido de que, en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...*”

En el fallo de la Sala Constitucional, la misma también hizo referencia al antes indicado fallo anterior N° 1309/2001, donde se había referido al mismo tema de la interpretación constitucional condicionada “ideológicamente” que debe realizarse conforme a “mejor teoría política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” ya que la misma, como derecho, está “puesta al servicio de una política,” no debiendo la interpretación verse afectada por “elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” De ello concluyó la Sala que “la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista” siendo “la nueva teoría” el “combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución;” afirmando que en todo caso, “el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano” (Subrayados de la Sala).

En la sentencia N° 1309/2001 la Sala también había afirmado que “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo,” procediendo a rechazar todo “sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la

¹⁷ En los últimos años puede decirse que es la doctrina política socialista, la cual, por supuesto, no está en ninguna parte de la Constitución, y cuya inclusión en la Constitución fue rechazada por el pueblo en la rechazada reforma constitucional de 2007 (Véase Allan R. Brewer-Carías, -La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,- en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449). La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la Constitución de 1999 ahora -privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,- habiendo supuestamente cambiado -el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia- (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba en la Constitución de 1961.

¹⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

Constitución,” y que la interpretación pueda llegar “a contrariar la teoría política propia que sustenta.” Por ello, la Sala negó la validez universal de los derechos humanos, es decir, negó “cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos,” o cualquier “vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional” (Subrayado de la Sala).

VI. EL ANÁLISIS DEL TEMA DE FONDO SOBRE LAS INHABILITACIONES POLÍTICAS IMPUESTAS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y EL RECHAZO AL PRINCIPIO DE QUE LAS MISMAS SÓLO PUEDEN SER IMPUESTAS POR DECISIÓN JUDICIAL

Con base en lo anterior, al entrar a considerar el “punto central” de la sentencia de la Corte Interamericana sobre la violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, por la inhabilitación administrativa dictada en su contra conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Sala pasó a referirse a su propia sentencia antes mencionada, la N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008,¹⁹ cuando al decidir sobre una denuncia de inconstitucionalidad de dicha norma por violentar precisamente lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana, observó que conforme a dicha norma, se admite la “‘reglamentación’ de los derechos políticos mediante ley, incluso en atención a razones de ‘condena, por juez competente, en proceso penal,’ no aludiendo la misma ‘a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación,’ destacando, sin embargo, que de una manera general, el artículo 30 de la Convención Americana ‘admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.’” Concluyó la Sala que es posible, de conformidad con la Convención Americana “restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.”

Ahora, al resolver la posible antinomia entre el artículo 23.2 de la Convención Interamericana y la Constitución, la Sala señaló que “la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática” siendo sólo posible si el mismo cuando se refiere a derechos humanos, contenga “normas más favorables a las de la Constitución,” pasando a preguntarse la propia Sala sobre cuál debían ser los valores que debían tener presente “para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más ‘favorable’ que la normativa constitucional interna,” siendo su respuesta los supuestos valores derivados del proyecto político subyacente en la Constitución antes mencionado.

De ello concluyó sobre el fondo del tema resuelto por la Corte Interamericana que “la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común,” no pudiendo el artículo 23.2 de la Convención Americana “ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.” En la citada sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, la Sala entonces concluyó que:

“En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e ‘imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley’ (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.

Finalmente, después de copiar in extenso el Voto concurrente del Magistrado Diego García-Sayán a la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional indicó pura y simplemente que “aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del Magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos *supra*, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una “autoridad judicial.”

¹⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

Sobre este punto, que es precisamente, el tema *decidendum* en la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se refirió de nuevo a su sentencia N° 1265/2008, en la cual resolvió que en Venezuela, “en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general,” (destacado nuestro); llegando a afirmar que “la ‘incapacitación para ejercer diversos empleos’, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa” (subrayado de la Sala), concluyendo entonces con su afirmación infundada y falsa de que el artículo 65 del Constitución al señalar que

“no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, [...] no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.”

Ello, por supuesto, es totalmente errado, pues la restricción constitucional al ejercicio de derechos políticos es de interpretación estricta. Es por tanto errado señalar como lo hizo la Sala para llegar a esta conclusión que como la norma “plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito,” supuestamente ello no “impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.” Ello es errado, pues de lo contrario no habría sido necesario establecer la restricción en la norma constitucional, siendo también errada la conclusión de que la norma sólo habría planteado “una hipótesis,” y por tanto “no niega otros supuestos análogos.” Esto es contrario al principio de que las restricciones a los derechos políticos establecidas en la Constitución son sólo las establecidas en la Constitución, cuando es la propia Constitución la que **no ha dejado** la materia a la regulación del legislador.

Por tanto, es errada la conclusión de la Sala en el sentido de que supuestamente tratándose de un asunto de “política legislativa,” sea al legislador al cual correspondería asignarle orientación al *ius puniendi* del Estado, de manera que “negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autónomo de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.”²⁰

Al contrario, la política legislativa para el desarrollo del *ius puniendi* tiene que estar enmarcada en la Constitución, cuando sea la Constitución la que remita al legislador para ello.

Sin embargo, cuando la Constitución establece que la restricción al ejercicio de un derecho político como el derecho al sufragio pasivo sólo puede limitarse por condena penal mediante decisión judicial ello implica sólo eso, no pudiendo el legislador establecer otras restricciones que sean impuestas por autoridades administrativas.

VII. LA PONDERACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y OTROS TRATADOS INTERNACIONALES COMO LOS RELATIVOS A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Por otra parte, la Sala destacó que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana, haciendo alusión específicamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, que obliga a los Estados Americanos a tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio, “*sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales.*” (destacado nuestro), concluyendo de las normas de esta Convención, que los “mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” (subrayado de la Sala) que deben desarrollar los Estados, a juicio de la Sala, “deben ser entendidos *como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito,*” “sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban **ser necesariamente objeto de condena judicial**” (destacados nuestro). La Sala enumeró, así en su sentencia los órganos

²⁰ La Sala adicionalmente citó en su sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) en relación con el *ius puniendi* y la supuesta diferencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho pena, concluyendo que entre ambos -no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo.-

encargados en los diversos países de la ejecución de la Convención, generalmente de orden administrativos, siendo ello atribuido en Venezuela, como “autoridad central,” al Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

En la sentencia la Sala también hizo referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” suscrita en 2003, donde se hace referencia a la obligación de los Estados de “*procurar evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción*” (subrayado de la sala). Concluyendo que “no existe limitación alguna a que se trate *exclusivamente de tribunales*,” destacando que conforme al artículo 30.7 de dicha Convención se establece “la posibilidad de inhabilitar “por mandamiento judicial *u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno*” a los sujetos de corrupción” (subrayado del fallo); y que la previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales de la misma Convención (Capítulo VIII, artículo 65).

De todo ello, la Sala Constitucional en su sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011, concluyó que:

“aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.”

Sin embargo, ante este pronunciamiento dictado con motivo de ejercer el control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se apresuró a afirmar, que

“no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.”

No, de eso no se trata, sino que de lo que se trata es:

“de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”

Y ha sido precisamente ello, lo que supuestamente habría “obligado” a la Sala Constitucional “a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia,” y decidir indicando que “no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,” a los que ha aludido la propia Corte Interamericana en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sus Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

VIII. LA DENUNCIA DE USURPACIÓN CONTRA LA CORTE INTERAMERICANA Y LA DECLARACIÓN DE “INEJECUCIÓN” DE SU SENTENCIA

Finalmente, la Sala Constitucional acusó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de persistir:

“en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”

De lo cual concluyó declarando

“inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.”

Es decir, la Sala resolvió que la sentencia de la Corte Interamericana en su conjunto es inejecutable en Venezuela, con la advertencia –cínica, por lo demás-, de que, sin embargo:

“la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 *eiusdem*, en su condición de elector.”

Se destaca, sin embargo, que la Sala Constitucional no mencionó en esta enumeración de “los derechos políticos consagrados en la Constitución” ni el derecho pasivo al sufragio (el derecho a ser electo para cargos públicos), ni el derecho a ejercer cargos públicos, que son precisamente los que le impide ejercer la decisión de la Contraloría General de la república violando lo previsto en la Convención Americana y en la propia Constitución, procedió a “aclarar” lo que no requería aclaratoria, en el sentido de que:

“la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática.”

Ello no requería “aclararse” pues es bien evidente que las decisiones de la Contraloría o del Estado a través de cualquiera de sus órganos no le puede impedir a un ciudadano poder participar en los eventos políticos internos de las asociaciones políticas o a las cuales pertenezca o en eventos por estas convocados, de manera que la “aclaratoria” no es más que una deliberada expresión de confusión por parte de la Sala; y más aún con la frase final de la decisión que adoptó (dispositivo N° 2), luego de declarar inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el sentido decidir qué:

“(2) La Sala declara que el ciudadano Leopoldo López Mendoza goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.”

Sin embargo, como se dijo, antes había enumerado la Sala en forma expresa cuáles eran los derechos políticos que el Sr. López podía ejercer estando vigente la inhabilitación política que le había impuesto la Contraloría, refiriéndose la Sala expresamente sólo a el “derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política [...]; derecho de manifestación pacífica [...]; derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70),” y derecho “de participación “referendaria” (artículos 71 al 74) “en su condición de elector.” La Sala, por tanto, se cuidó de no indicar que el Sr. López podía ejercer su derecho político al sufragio pasivo, derecho a ser electo y a ejercer cargos públicos electivos, que fueron precisamente los restringidos inconstitucionalmente por la Contraloría General de la República.

IX. LA INTERPRETACIÓN Y ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN FORMA *EX POST FACTO* Y EXTRA PROCESO, MEDIANTE “COMUNICADO DE PRENSA” POR PARTE DE LA PRESIDENTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, el mismo día en el cual se publicó la sentencia de la sala Constitucional, la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de dicha Sala, expresó mediante un “Comunicado de Prensa”²¹ un criterio distinto al que se había expuesto en la sentencia, agregando mayor confusión sobre sus efectos, y en particular sobre los derechos políticos que supuestamente podía ejercer el Sr. López.

Dicha Presidente del Tribunal Supremo, en efecto, comenzó por expresar al referirse a la sentencia de la Sala Constitucional “que declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” que había condenado al Estado venezolano, primero, que “los convenios suscritos por la República Bolivariana de Venezuela no pueden tener carácter supra constitucional, pues sus disposiciones deben ajustarse y enmarcarse en los postulados de la Carta Magna,” y que “Venezuela no puede retroceder en los avances que ha logrado en la lucha contra la corrupción,” asegurando entre otras cosas, “que *las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación de Leopoldo López Mendoza en eventos electorales*” (destacado nuestro).

Ahora bien, frente a esta afirmación de que las sanciones de inhabilitación “no constituyan impedimento para la postulación en eventos electorales,” la pregunta elemental es ¿cómo puede, en efecto, pensarse que alguien pueda tener derecho a postularse para la elección de un cargo electivo de representación popular, sin tener derecho a poder ejercer dicho cargo porque se lo impide la Contraloría General de la República? Lo que ha dicho la Sra. Presidenta de la Sala Constitucional, ni más ni menos es como decir, que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos, sin embargo, puede postularse para ser electo para un cargo público, pero una vez electo no puede ejercer dicho cargo para el cual fue electo!!

La postulación a un cargo de elección popular no es sino la primera fase del ejercicio del derecho pasivo al sufragio que implica además de la postulación, el derecho a ser elegido, y en caso de que así ocurra, el derecho a ejercer el cargo para el cual fue elegido. De esto, no es más que una cómica situación la informa la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo: que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos por la Contraloría, puede postularse para cargos de elección popular, y, por tanto, con la posibilidad de salir electo, pero para nada, pues no puede ejercer el cargo porque ha sido inhabilitado.

Expresó en efecto, la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo que:

“del análisis realizado por la Sala Constitucional el ciudadano López Mendoza goza *de todos* sus derechos políticos, por lo que puede elegir *y ser elegido* en los eventos electorales en los que decida participar.”

Y reiteró que “la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es profundamente garantista, y que salvaguarda los derechos políticos de la ciudadanía” precisando que “Leopoldo López Mendoza *si goza de todos sus derechos políticos*, tal como lo expresa el dictamen (*sic*).”

Ello es por supuesto, totalmente falso, y lo que pone en evidencia, para ser benevolentes, es que, por lo visto, la Presidenta no leyó lo que efectivamente dijo en la sentencia que firmó, pues la misma no incluyó -inconstitucionalmente por lo demás- en su contenido y enumeración de los derechos políticos que podía ejercer el Sr. López, al derecho a ser elegido (derecho pasivo al sufragio); es decir, se cuidó de decidir que el Sr. López *no gozaba de todos sus derechos políticos*.

Sin embargo, teniendo en cuenta la “interpretación” que hace la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo de la sentencia, la conclusión es que se trata de una modificación, *ex post facto*, introducida mediante un “Comunicado de Prensa” a la sentencia dictada, indicando que el Sr. López **si puede ejercer su derecho pasivo al sufragio y si puede “ser elegido,”** pero aclarando a renglón seguido que una vez que resultare electo, si fuese el caso, respecto al ejercicio del cargo para el cual resultare electo, ello sería una “situación futura derivada de tal participación” que “no estuvo en el análisis de la Sala, ya que no puede pronunciarse sobre hechos que no han ocurrido.” Por lo que, si todo ello sucede, ya está “avisado” el Sr. López de lo que le va a pasar. Más clara no puede ser esta modificación al fallo dictada por la Presidencia del Tribunal

²¹ Véase Nota de Prensa del Tribunal Supremo: -Es inejecutable que Venezuela retroceda en sus avances en la lucha contra la corrupción- Afirmó la presidenta del TSJ; magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, Autor: Redacción TSJ, Fecha de publicación: 17-10-2011. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8848>

Supremo en el “Comunicado de Prensa;” y como la Sala se atribuye el poder de ejercer de oficio este control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana, nadie le tendrá que requerir su futura y anunciada acción.

Crear mayor y deliberada confusión, es realmente imposible,²² al punto de que en el diario *El Mundo* de España del día 18 de octubre de 2011, la noticia se titula así: “El Supremo venezolano permite que Leopoldo López sea candidato en 2012,” precisándose sin embargo, en los subtítulos que: “El Tribunal aclara que el opositor sí puede presentarse a las elecciones; Lo que se ha rechazado es el fallo de la Corte Interamericana que condenaba al Estado por la ‘inhabilitación’ para ejercer cargos públicos de López; Por lo tanto, López puede ser candidato pero no se sabe si podrá ejercer; El Tribunal dijo que aplicar aquel fallo infringiría las leyes nacionales.”²³ En la nota de prensa publicada en este Diario se afirma que

“El Tribunal Supremo venezolano (TSJ) **aclaró** este lunes que la decisión de la Sala Constitucional de declarar no ejecutable un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de Leopoldo López no impide al político opositor presentar su candidatura a las elecciones presidenciales.”

La presidenta del TSJ de Venezuela, Luisa Estella Morales, señaló que López se puede postular, pero el fallo de Corte Interamericana (Corte IDH), que obliga a suspender la inhabilitación administrativa del político para ejercer cargo público, es “inejecutable” porque no se pueden anular las decisiones de la Contraloría.

“Leopoldo López tiene pleno derecho a elegir y ser electo, puede concurrir ante el Consejo Nacional Electoral inscribirse y participar en cualquier elección que se realice (...) libremente puede hacerlo”, aclaró Estella en una conferencia de prensa.

No obstante, subrayó que “son inejecutables en primer lugar la nulidad de las resoluciones administrativas de la Contraloría y también “la nulidad de los actos administrativos por los cuales se inhabilitó administrativamente al ciudadano Leopoldo López.”

Preguntada sobre la posibilidad de que López fuera elegido en los comicios para la Presidencia, convocados para el 7 de octubre de 2012, Morales se excusó de pronunciarse “acerca de situaciones futuras.”

“Llegará el momento de que si eso ocurriese tendríamos que pronunciarnos, pero en este momento es ciertamente una posición incierta y futura sobre la cual la Sala no podría pronunciarse,” señaló”

Con esta “aclaratoria” a la decisión adoptada mediante declaraciones públicas dadas por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, lo que ha hecho el Tribunal Supremo es consolidar la incertidumbre y el desconcierto político en el país, dejando vigente la sanción de inhabilitación política que dictó la Contraloría General de la República contra el Sr. Leopoldo López y en lo que resulta una especie de crónica de una inhabilitación política anunciada, para lo cual ha impuesto el siguiente itinerario a desarrollarse en este caso entre 2011 y 2012:

Primero, en el texto de la sentencia, declara que entre los derechos políticos que enumera expresamente como los que puede ejercer el Sr. López *no está el derecho pasivo al sufragio, es decir, el derecho a ser electo*; *Segundo*, sin embargo, en la “aclaratoria” a la sentencia que ha sido “dictada” por la Presidenta del Tribunal Supremo, la misma declara que el Sr. López *sí se puede postular para cargos electivos y tiene derecho a ser electo*, lo que por sí genera incertidumbre sobre si efectivamente goza o no tal derecho conforme a la sentencia de la Sala; *Tercero*, lo anterior le plantea al Sr. López la *disyuntiva de participar o no en el proceso –elecciones primarias– para la selección del candidato presidencial* de oposición, pero con la certeza de que si no lo hace ello sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese “impuesto”

²² Según se reseña en *la patilla.com*, la Contralora General de la República, en medio de la confusión, declaró el día 18 de octubre de 2011, que -el líder opositor Leopoldo López, uno de los aspirantes a ser candidato en las elecciones presidenciales del 7 de octubre del próximo año, no puede desempeñar ningún cargo público hasta 2014. No puede desempeñar cargos públicos, ni por elección, nombramiento, contrato ni designación. ¿El cargo de alcalde, de concejal, de presidente, de gobernador es un cargo público o no? Sí lo es, entonces (López) no puede desempeñar esos cargos públicos dijo Adelina González, Contralora General en funciones. En declaraciones a la televisión estatal, González descartó el supuesto -limbo- en el que quedó López luego de que la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Luisa Estella Morales, indicara que López se podía postular a las elecciones, aunque evitando pronunciarse sobre qué ocurriría en caso de ser elegido. Véase -Según la Contralora si López se postula sería -un fraude a la Ley,- en <http://www.lapatilla.com/site/2011/10/18/segun-la-contralora-si-lopez-se-postula-seria-un-fraude-a-la-ley/>

²³ Véase en <http://www.elmundo.es/americ/2011/10/17/venezuela/1318884331.html>

la Sala; *Cuarto*, si llegase a salir electo en las elecciones primarias, ello le plantearía una *nueva disyuntiva de postularse o no como candidato presidencial en la elección presidencial*, pero si no lo hace ello también sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese impuesto la Sala; y *Quinto*, si llegase a ganar la elección presidencial, la posibilidad de que pudiera ejercer el cargo para el cual fue electo quedaría entonces en manos del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, en ese momento, y sólo en ese momento se pronunciaría sobre lo que al dictar su sentencia consideró como una “situación incierta y futura.”

Es decir, el futuro político del gobierno del país no dependería en este caso de la voluntad del pueblo soberano, sino de la decisión de un Tribunal Supremo que además de usurpar el poder constituyente y rebelarse contra las decisiones del tribunal internacional encargado de la protección de los derechos humanos en América, se reserva el derecho de anular o no la voluntad popular de acuerdo con las circunstancias que se presenten en el futuro.

2012

32. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL, Y DE CÓMO DICHO DERECHO FUE EJERCIDO CONTRA EL JUEZ CONSTITUCIONAL DESACATANDO UNA DECISIÓN ILEGÍTIMA

(El Caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012).

Revista de Derecho Público, N° 129, enero-marzo 2012,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 241-249

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar el contraste entre el empeño de la sala Constitucional de restringir el derecho a la desobediencia civil, y el ejercicio del mismo frente a una sentencia arbitraria de la propia Sala.*

Palabras Clave: *Desobediencia civil.*

Abstract: *This comment is intended to analyze the contrast between the intent of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal to reduce the scope of the right to Civil Disobedience, and the exercise of such right in order to resist an arbitrary decision of the same Chamber.*

Key words: *Civil Disobedience.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, como Jurisdicción Constitucional, durante la última década ha dejado de ser el garante último de la supremacía constitucional, dado el sometimiento al poder que ha sufrido, convirtiéndose en la práctica judicial un mero agente ejecutor de las políticas públicas. Ello lo confirmó, por ejemplo, un Magistrado de la Sala Electoral del Tribunal Supremo quien pronunció el discurso de “apertura del Año Judicial” el 5 de febrero de 2011, en el cual destacó que “el Poder Judicial venezolano está en el deber de dar su aporte para la eficaz ejecución, en el ámbito de su competencia, de la Política de Estado que adelanta el gobierno nacional” en el sentido de desarrollar “una acción deliberada y planificada para conducir un socialismo bolivariano y democrático,” y que “la materialización del aporte que debe dar el Poder Judicial para colaborar con el desarrollo de una política socialista, conforme a la Constitución y la leyes, viene dado por la conducta profesional de jueces, secretarios, alguaciles y personal auxiliar.”¹

Con ello ha quedado claro cuál ha sido la razón del rol asumido por el Tribunal Supremo en Venezuela, y que, cómo se anunció en dicha apertura del Año Judicial de 2011, no es otro que la destrucción del “llamado estado de derecho” y “de las estructuras liberales-democráticas,” con el objeto de la “construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático.”

¹ El Magistrado Fernando Vargas, quien fue el Orador de Orden, además agregó que -Así como en el pasado, bajo el imperio de las constituciones liberales que rigieron el llamado estado de derecho, la Corte de Casación, la Corte Federal y de Casación o la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales, se consagraban a la defensa de las estructuras liberal-democráticas y combatían con sus sentencias a quienes pretendían subvertir ese orden en cualquiera de las competencias ya fuese penal, laboral o civil, de la misma manera este Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los tribunales de la República, deben aplicar severamente las leyes para sancionar conductas o reconducir causas que vayan en desmedro de la construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático-. Véase la Nota de Prensa oficial difundida por el Tribunal Supremo. Véase en:

<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8239>

Ha sido por este ilegítimo rol, por ejemplo, que el Tribunal Supremo se ha convertido en agente activo de mutaciones constitucionales efectuadas, por ejemplo, para cambiar la forma federal del Estado,² o para desmontar el bloque de la constitucionalidad al reservarse la decisión sobre la aplicación preferente de los tratados internacionales en materia de derechos humanos³ e, incluso, para implementar las reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo mediante referendo en 2007, todo mediante interpretaciones constitucionales vinculantes.⁴

Y fue precisamente, mediante una de esas interpretaciones constitucionales vinculantes, solicitadas “a la carta” mediante el ejercicio de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, con objeto completamente desligado de algún caso concreto o controversia constitucional,⁵ que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*)⁶ se encargó de enmarcar y restringir el ejercicio del derecho ciudadano a la desobediencia civil y a la resistencia a la opresión, vaciando materialmente de contenido la norma del artículo 350 de la Constitución.

Dicha Norma constitucional, como es sabido, dispone lo siguiente:

Artículo 350. 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

Así, en relación con la expresión “pueblo” en dicha norma como titular del derecho, que es de ejercicio colectivo, la Sala Constitucional ha interpretado que “debe vincularse al principio de la soberanía popular que el Constituyente ha incorporado al artículo 5 del texto fundamental,” agregando que “el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.” De allí, la Sala concluyó señalando que “en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contrarie principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y así se decide.”

De ello, resultó, en definitiva, que la Sala Constitucional redujo el ejercicio del derecho a la desobediencia civil y a la resistencia a la opresión en un ejercicio de la soberanía por el pueblo, lo que apunta a que en general sólo podría ejercerse mediante el sufragio de la totalidad de los componentes del pueblo, distorsionando totalmente el sentido de la norma. Así, señaló la Sala en la misma sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 que el desconocimiento al cual alude la norma del artículo 350, sólo:

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional vs. La justicia internacional en materia de derechos humanos, - en *Revista de Derecho Público*, N° 116, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 249-26

⁴ Véase en general sobre estas mutaciones constitucionales lo que hemos expresado en 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*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418; -La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario-, en *Anuario de Derecho Público*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Año 2, Caracas 2009, pp. 23-65; -La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela-, - *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325; -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 IUSTEL, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650.

⁵ Véase sobre este recurso de interpretación, que además, fue -creado- por la propia Sala Constitucional sin fundamento en la Constitución, lo que hemos expuesto en 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, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; y en -Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla-, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70

⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 126-127.

“puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas.”⁷

Por ello, la Sala Constitucional, en la citada sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003, al interpretar la norma del mencionado artículo 350, primero, aclaró, que la misma al ser aislada no debía conducir “a conclusiones peligrosas para la estabilidad política e institucional del país, ni para propiciar la anarquía;” y luego, contra el “argumento del artículo 350 para justificar el ‘desconocimiento’ a los órganos del poder público democráticamente electos,” ello lo consideró “impertinente” “de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente,” advirtiéndole que:

“se ha pretendido utilizar esta disposición como justificación del ‘derecho de resistencia’ o ‘derecho de rebelión’ contra un gobierno violatorio de los derechos humanos o del régimen democrático, cuando su sola ubicación en el texto Constitucional indica que ese no es el sentido que el constituyente asigna a esta disposición.”⁸

Luego de analizar el sentido de la ubicación de la norma en el Título sobre la revisión de la Constitución venezolana, en particular, el referido a la institución de la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala señaló que aparte del supuesto de derecho a la rebelión regulado en el artículo 333 de la Constitución respecto de gobiernos de fuerza, sobre los otros supuestos que puedan derivarse del artículo 350 de la Constitución, respecto del derecho a la desobediencia civil o a la resistencia frente a la opresión, y que puedan implicar “la posibilidad de desconocimiento o desobediencia,” sólo “debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión,” objeto precisamente de la citada sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003:

“cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por “cualquier régimen, legislación o autoridad”, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable.”

En esta forma, la Sala Constitucional, materialmente redujo la posibilidad de ejercicio de la desobediencia civil, sólo frente a autoridades que desconozcan las decisiones judiciales, señalando que:

“En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima sí y solo sí -como se ha indicado precedentemente- se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene.”

De esta aproximación restrictiva para la interpretación del artículo 350 de la Constitución, la Sala Constitucional concluyó indicando que:

“No puede y no debe interpretarse de otra forma la desobediencia o desconocimiento al cual alude el artículo 350 de la Constitución, ya que ello implicaría sustituir a conveniencia los medios para la obtención de la justicia reconocidos constitucionalmente, generando situaciones de anarquía que eventualmente pudieran resquebrajar el estado de derecho y el marco jurídico para la solución de conflictos fijados por el pueblo al aprobar la Constitución de 1999.

En otros términos, sería un contrasentido pretender como legítima la activación de cualquier medio de resistencia a la autoridad, legislación o régimen, por encima de los instrumentos que el orden jurídico pone a disposición de los ciudadanos para tales fines, por cuanto ello comportaría una transgresión mucho más grave que aquella que pretendiese evitarse a través de la desobediencia, por cuanto se atentaría abierta y deliberadamente contra todo un sistema de valores y principios instituidos democráticamente, dirigidos a la solución de cualquier conflicto social, como los previstos en la Constitución y leyes de la República, destruyendo por tanto el espíritu y la esencia misma del Texto Fundamental.”⁹

⁷ *Idem.*

⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, 128-130.

⁹ *Idem.*

Esta interpretación, por supuesto, sólo podría tener sentido si existiera un régimen político democrático donde la independencia y autonomía judicial estuviese realmente garantizada, y en el cual, como señalamos al inicio, la justicia constitucional fuera realmente el “sustituto de la revolución.” Sin embargo, frente a un juez constitucional sometido, la interpretación de la Sala es la negación misma del derecho a la desobediencia civil y a la rebelión consagrado en el artículo 350 de la Constitución venezolana.

Por lo demás, y precisamente por el sometimiento del juez constitucional al poder en Venezuela, fue frente y contra una ilegítima decisión de la propia sala Constitucional que en febrero de 2012 puede decirse que se produjo un acto de desobediencia civil, a los efectos de desconocerla, y así evitar que se pudiera configurar un nuevo esquema de discriminación política como el que se había desarrollado en 2004.

En efecto, el 30 de enero de 2004, luego de que un grupo de más de tres millones y medio de electores solicitaron con su firma, la realización de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República Hugo Chávez, este se dirigió al Presidente del Consejo Nacional Electoral para autorizar se entregara al Sr. Luis Tascón las planillas utilizadas con dichas firmas.

El Presidente del Consejo Nacional Electoral que en ese momento era el abogado Francisco Carrasquero, procedió a la entrega de esa documentación, con la cual el Sr. Tascón, en ese momento Diputado en la Asamblea nacional, publicó lo que se denominó “Lista Tascón”, con base a la cual se efectuó en el país un masivo y abierto proceso de discriminación política, que excluyó a dichos ciudadanos en sus relaciones con la Administración.¹⁰

Quienes firmaron ejerciendo su derecho de participación política, fueron debidamente “castigados” y estigmatizados como enemigos del régimen, de manera que, por ejemplo, se les negó el acceso a cargos públicos o a contratar con el Estado, y las gestiones que podrían tener la necesidad de realizar ante la Administración, como la simple solicitud de sus documentos de identificación personal, fueron sistemáticamente obstaculizadas.

El “fantasma” de la “Lista Tascón”¹¹ volvió a aparecer en Venezuela a raíz de las elecciones primarias que se realizaron el 12 de febrero de 2012, para escoger el candidato de la oposición a las elecciones presidenciales de octubre de 2012, proceso en el cual votaron 3.079.284 personas. Dicho proceso de votación se desarrolló con la participación colaborativa del Consejo Nacional Electoral, y en las bases que llevaron a su desarrollo se convino en que los cuadernos de votación serían destruidos dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión del proceso, para evitar que las listas de votantes pudieran ser utilizada con fines de discriminación o amenaza políticas contra quienes participaran en dicho proceso de votación.

Sin embargo, horas después de finalizado el proceso de votaciones, a raíz de una acción de “amparo” ejercida el día 13 de febrero de 2012 contra la “Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad” que había sido la organización que había organizado las elecciones primarias de la oposición, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día siguiente, 14 de febrero de 2012, dictó una sentencia (N° 66) acordando una medida cautelar innominada a favor del peticionario,¹² ordenando a dicha Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad que en un lapso de 24 horas realizara “la entrega de los referidos cuadernos a las diversas Direcciones Regionales del Consejo Nacional Electoral en las correspondientes circunscripciones electorales,” a los efectos de que el Poder Electoral procediera a “resguardar” dicho material electoral, ordenándose “al Plan República, en la persona del General en Jefe Henry Rangel Silva, girar las instrucciones pertinentes a los fines de garantizar la custodia del material antes señalado y hacerlo llegar a las correspondientes sedes del Poder Electoral.” El Ponente de la decisión de la Sala Constitucional fue el magistrado “Francisco Antonio Carrasquero López,” es decir, el mismo abogado “Francisco Carrasquero” quien seis años antes, como Presidente del Consejo Nacional Electoral había sido el vehículo para la

¹⁰ Véase, por ejemplo, Ana Julia Jatar, *Apartheid del Siglo XXI, La informática al servicio de la discriminación política en Venezuela*, Súmate, Caracas 2006, en: <http://www.anajulijatar.com/apathetheid/>

¹¹ Véase Pedro García Otero, “Chávez revive las amenazas de recrear nuevas listas discriminatorias,” en *La Voz de Galicia*, 19-02-2012, en: http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/internacional/2012/02/19/chavez-revive-amenazas-crear-nuevas-listas-discriminatorias/0003_201202G19P27991.htm

¹² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/66-14212-2012>

confección de la “Lista Tascón.” Con ello, sin duda, se buscaba procurar la confección de una nueva lista,¹³ con el objeto de poder discriminar y perseguir políticamente a quienes habían participado en el acto electoral de las primarias de la oposición.

La decisión judicial del Juez Constitucional, que en este caso se dictó con una celeridad judicial inusitada, respondió la solicitud de amparo que había sido interpuesta por un ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra, a título personal y en su carácter de “candidato a las elecciones primarias celebradas el día 12 de febrero de 2012,” contra la referida Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad, “por la presunta violación de los derechos a la seguridad jurídica, a la información, al sufragio y a la defensa, a consecuencia del anuncio de destrucción de los cuadernos electorales utilizados en el referido proceso comicial, luego de 48 horas de realizado el proceso comicial,” para lo cual solicitó como medida cautelar de urgencia la “suspensión del acto que conlleve la destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes, con ocasión a la realización de las elecciones primarias por parte de la Unidad Nacional en Venezuela, en fecha 12 de febrero de 2012”.

Sin mayor análisis, la Sala Constitucional consideró que la acción interpuesta cumplía “con las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo,” y que se encontraban “satisfechas las condiciones de admisibilidad,” pasando la Sala, sin embargo, no a proseguir un proceso de amparo, sino a “trasformar” la acción de amparo individual interpuesta (para cuyo conocimiento no tenía competencia pues ella correspondía a la Sala Electoral del Tribunal Supremo), en una acción de protección de derechos e intereses colectivos al considerar que la situación denunciada presentaba “los rasgos característicos de difusividad propios de las demandas por intereses difusos y colectivos, toda vez que podría afectar a un número indeterminado de ciudadanos que participaron en las denominadas primarias celebradas el 12 de febrero de 2012.”

Como consecuencia de ello, la Sala “recondujo,” o sea, transformó, por supuesto de oficio, “la demanda interpuesta a una demanda por intereses colectivos y difusos y conforme a lo dispuesto en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” declarándose entonces “competente para conocer” de la misma.

Ello, de por sí ilegítimo, además, lo decidió la Sala en abierta violación del mismo artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que la Sala invocó para atribuirse la competencia que no tenía, pues en dicha norma precisamente se dice lo contrario. Es decir, en la misma se dispone la competencia a la Sala para “conocer de las demandas y las previsiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.” Y el caso planteado, precisamente, era uno que “por su naturaleza” correspondía “al contencioso electoral” de manera que en virtud de texto expreso la Sala carecía de competencia para conocer del asunto. Pero como a la Sala Constitucional no hay quien la controle, la pregunta de siempre frente al abuso de poder del órgano de control sigue sin respuesta: *¿Quis Custodiet Ipsos Custodes?*

En todo caso, después de asumir, ilegalmente, una competencia que no tenía, la Sala pasó a considerar la pretensión cautelar innominada formulada, refiriéndose al artículo 130 de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que la faculta para “acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes,” para lo cual cuenta “con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.” Con base en ello, frente a la solicitud formulada de “suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales,” pero sin análisis jurídico sobre las condiciones elementales para la procedencia de medidas cautelares, la Sala procedió a otorgarla olvidándose de su propia doctrina sentada en sentencia N° 1946 de 16 de julio de 2003, en la cual recogiendo “reiterada jurisprudencia” de la propia Sala “en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil,” consideró que eran “necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*,” señalando que “debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación” de

¹³ La presidenta de la Comisión Electoral de las Primarias, Teresa Albanes, señaló -que de acuerdo al artículo 23 del Reglamento de Selección de Candidatos de la Unidad, se establece que este ente debe hacer cumplir las normas relacionadas con la destrucción de todo el material electoral. -Nuestro compromiso de impedir una nueva lista de la infamia sigue en pie-, afirmó en referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de prohibir la quema de los cuadernos de votación.- En Globovisión. Com, 14-02-2012, en: <http://www.globovision.com/news.php?nid=219016>.

manera tal que “faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.”¹⁴ En la misma decisión, la Sala estableció como premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas, que se cumpliera con requisitos como:

“la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado, la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio, y la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad.”¹⁵

Sobre ello, lo único que apreció la Sala fue que era “evidente que de no acordarse la medida se vulnerarían de forma irreparable los derechos denunciados por lo que se ordena la suspensión del proceso de destrucción de los cuadernos electorales del proceso comicial celebrado el 12 de febrero de 2012.” Y eso fue todo.

La consecuencia, fue la orden judicial dada a la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad de entregar en un lapso de 24 horas los cuadernos de votación respectivos a las dependencias del Consejo Nacional Electoral, para que el Poder Electoral procediera a resguardarlo, ordenándose “al Plan República, en la persona del General en Jefe Henry Rangel Silva, girar las instrucciones pertinentes a los fines de garantizar la custodia del material antes señalado y hacerlo llegar a las correspondientes sedes del Poder Electoral.” A tales efectos, se ordenó notificar del proceso a la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, al Poder Electoral, y al Plan República”

La reacción frente a esta ilegítima intromisión judicial no se hizo esperar,¹⁶ habiendo sido sin embargo lo más importante, el hecho de que los cuadernos de votación fueron debidamente destruidos e incinerados, como se había acordado inicialmente con el Consejo Nacional Electoral, en gran parte en abierta desobediencia civil frente a la ilegítima e infundada decisión judicial de la Jurisdicción Constitucional.¹⁷ Con ello, afortunadamente, la maniobra política no se concretó, y quienes querían elaborar una nueva “Lista” para la discriminación y persecución políticas no pudieron lograr sus objetivos. En este caso, el acto de desobediencia civil mediante la incineración en todo el país de los cuadernos de votación fue contra el propio Juez Constitucional y su ilegítima decisión.

Y tampoco la reacción de la Sala Constitucional contra el acto de desobediencia civil tampoco se hizo esperar, y en sentencia de 23 de febrero de 2012, afirmando que como desde “el mismo 14 de febrero de 2012, la comunidad nacional sabía de la decisión cautelar dictada por esta Sala;” y como para el momento en el cual la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad conoció de las actuaciones de la Sala, “no habían transcurrido las 48 horas luego de las cuales debía destruirse el material electoral,” de ello, a juicio de la Sala, resultó “patente que no sólo se violó la normativa que se había dictado para reglamentar el proceso de las primarias, sino que se desconoció el mandato cautelar que era, incluso, de conocimiento público.” Ello, a juicio de la Sala Constitucional evidenciaba que la referida Comisión:

¹⁴ Caso: *Impugnación de la Ley de Tierras*. Doctrina reiterada en la sentencia N° 653 de la Sala Constitucional de 04-04-2003 (Caso: *Impugnación de las Leyes de Reforma Parcial de las Leyes que establecen el Impuesto al Débito Bancario y el Impuesto al Valor Agregado*).

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Por ejemplo, la Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, Blanca Rosa Mármol de León expresó públicamente su opinión en el sentido de que -el fallo emitido por el poder judicial de ordenar la no destrucción de los cuadernos electorales, es una burla para los electores que confiaron en que este proceso se realizaría luego de depositar su voto en los comicios del pasado domingo.- Véase en El Informador.com.ve, 14-02-2012, en: <http://www.elinformador.com.ve/noticias/venezuela/poder-judicial/fallo-burla-electores-asegura-magistrada-marmol-leon/53186>. Igualmente, en Noticiero Digital.com de 14-02-2012, en: <http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=841847>

¹⁷ En la Nota Editorial de la página web de Apertura Venezuela, del 16 de febrero de 2012, titulada -Quemar los cuadernos o someternos a Carrasqueño,- se afirmaba que -La destrucción de los cuadernos de votación es el primer acto de desobediencia civil que la Alianza Democrática ejecuta este año 2012, simplemente no estaban dispuestos a someterse a la justicia que impartiría el Magistrado Francisco Carrasquero. Véase en: <http://aperturaven.blogspot.com/2012/02/quemar-los-cuadernos-o-someternos.html>

“incumplió con la [medida] cautelar dictada por esta Sala, lo cual, además, es un desacato susceptible de sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley que rige las funciones de este Supremo Tribunal, que afecta gravemente el carácter ejecutorio de las sentencias, en cuanto a garantías básicas de toda Administración de Justicia y, al mismo tiempo, a la institucionalidad y la garantía de juridicidad a la cual se encuentran sometidos los particulares y el propio Estado.

Efectivamente, uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.”

En consecuencia, de todo ello, y “atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido,” la Sala impuso, no a la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad, sino a su Presidenta multa en su límite máximo. “atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la tutela cautelar dictada.”¹⁸

Con ello se confirma que, en casos como el venezolano, la Jurisdicción Constitucional está al servicio del autoritarismo, cuando dicta sentencias que atenten los derechos ciudadanos, no hay otro recurso ciudadano que no sea recurrir al derecho a la desobediencia civil.

New York, 24 febrero 2012

¹⁸ Sentencia N° 145 de 23 de febrero de 2012, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/145-23212-2012-12-0219.html>

33. EL JUEZ CONSTITUCIONAL USURPANDO, DE OFICIO, FUNCIONES DEL PODER ELECTORAL EN MATERIA DE CONTROL DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE RESPALDO DE CANDIDATURAS PRESIDENCIALES

Revista de Derecho Público, No. 132 (oct.-dic. 2012),
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 195-200

Resumen: *Este Comentario analiza la sentencia N° 793 de 7 de junio de 2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante la cual, de oficio y sin proceso alguno, procedió a decidir un conflicto interno en un partido político (Podemos), cuando tal decisión en el caso de que diferentes directivas se disputan su representación corresponde exclusivamente al Consejo Nacional Electoral. En la sentencia, la Sala Constitucional usurpó abiertamente las competencias del Consejo Nacional Electoral, y asumió directamente la conducción de la política gubernamental en materia electoral.*

Palabras Clave: *Partidos políticos. Consejo Nacional Electoral. Juez constitucional, Actuación de oficio.*

Abstract: *This comment is referred to the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, N° 793 of June 7, 2012 through which, ex officio, and without a due process, the Chamber decided an internal conflict within a political party (Podemos), when such decisions, in case of different Board claiming the direction and representation of the parties, is exclusively an attribution of the Supreme Electoral Council. With the decision, the Constitutional Chamber openly usurped the functions of the Supreme Electoral Council, and directly assumed the conduction of the government policy on electoral matters.*

Key words: *Political Parties. Supreme Electoral Council. Judicial Review, Ex officio Powers.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en abierta intervención en las funciones del Consejo Nacional Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, y asumiendo ilegítimamente la conducción del proceso político gubernamental en materia de respaldos a las candidaturas presidenciales en el proceso electoral de las elecciones presidenciales de 2012, mediante sentencia N° 793 de 7 de junio de 2012,¹ después de declarar sin lugar una solicitud de revisión constitucional de una sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, procedió, de oficio, a ejercer funciones de control sobre el partido político Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), decidiendo sobre su directiva, usurpando las competencias que corresponden al Consejo Nacional Electoral, para en definitiva anular la decisión de dicho partido político, que antes había apoyado al gobierno del Presidente Chávez, de apoyar al candidato de la oposición en las elecciones presidenciales de octubre de 2012; y todo ello, supuestamente “revisando” una sentencia después de que había declarado inadmisible dicha revisión.

En efecto, entre las competencias del Consejo Nacional Electoral, en el marco de la Ley de Partidos Políticos y Manifestaciones de 1965,² está la que le corresponde ejercer en casos de conflictos internos en los partidos, cuando diferentes directivas se disputan su representación, mediante el reconocimiento de las autoridades de los mismos. En efecto, si bien la estructura interna de los partidos políticos no está regulada ni definida expresamente en dicha la Ley de Partidos Políticos, siendo esta una materia que corresponde ser regulada en los estatutos de los propios partidos, sin embargo, el Consejo Nacional Electoral tiene

¹ Exp. 12-0402. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/793-7612-2012-12-0402.html>

² Véase la *Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones* en *Gaceta Oficial* N° 27.725 de 30-04-1965.

competencia en la materia al estar los partidos políticos obligados, conforme al artículo 25,6 de la misma Ley, a participar por escrito al Consejo Nacional Electoral, en cada oportunidad, los nombres de las personas que integren los supremos órganos directivos del partido y los cargos que dentro de ellos desempeñen. En los Estados y en el Distrito Capital, esta participación debe hacerse ante la Gobernación respectiva, la cual debe remitir copia al Consejo Nacional Electoral.

Como consecuencia de esta participación, en caso de conflicto entre directivas paralelas que puedan designar por facciones distintas dentro de los partidos políticos, el Consejo Nacional Electoral es el órgano llamado a determinar a os efectos de las relaciones entre el partido y el Estado, cuál de las directivas, a su juicio y conforme a los Estatutos del partido, es la que reconoce como tal. Esta decisión puede ser impugnada por vía de recurso contencioso-electoral ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo.³

El Consejo Nacional Electoral es el órgano competente, por tanto, para resolver los conflictos internos que se pudieran originar en el seno del partido PODEMOS con motivo de conflictos que pudieran surgir en su dirección y en las decisiones adoptadas, cuando se cuestionara la legitimidad de los directivos de los mismos.

En efecto, en los primeros meses de 2012, y con ocasión del proceso abierto para la campaña electoral para la elección del Presidente de la República fijada para octubre de 2012, el partido PODEMOS, que años atrás había apoyado la gestión de gobierno del Presidente Chávez, a través de uno de sus directivos, el Sr. Ismael García, quien años antes había sido solicitante importante para que en 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo secuestrara a la Sala Electoral en la época del referendo revocatorio presidencial, expresó el apoyo formal del partido al candidato de la oposición (Henrique Capriles Radonsky). Ello fue cuestionado por otra persona que había sido miembro de la directiva de dicho partido (Didalco Bolívar), pero no reclamando ante el Consejo Nacional Electoral como correspondía, y que era el órgano competente para pronunciarse sobre el tema, sino mediante el ejercicio, de una acción de amparo constitucional que interpuso ante la Sala Electoral, solicitando que se permitiera realizar:

“una Consulta General de la Militancia en todas las instancias, para la postulación de cargos de Elección Popular ... Convocar Elecciones Internas en todas las instancias del Partido a Nivel Nacional ... Revisar cualquier Decisión que haya sido tomada sin consultar a la Base del Partido, revocando el respaldo de candidaturas que carezcan de legitimidad ... Prohibición de Enajenar y Gravar sobre Bienes del Partido hasta tanto se defina el escenario de las nuevas autoridades ... Anular la Asamblea Nacional de Podemos VI, efectuada el 19 de marzo de 2011...”.

Mediante decisión N° 53 del 28 de marzo de 2012, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, luego de declararse competente para conocer la acción de amparo intentada conforme al artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por tratarse de una materia de evidente naturaleza electoral, terminó declarando la acción inadmisibles porque de las denuncias efectuadas por el accionante no se desprendía que hubiera sido invocado expresamente la violación de algún derecho constitucional, “circunscribiéndose las circunstancias expuestas en el libelo, a la presunta violación de normas estrictamente estatutarias;” y porque con la acción intentada lo que se pretendía era que se decretase “un mandamiento de amparo con efectos anulatorios y no restitutorios como corresponde a este tipo de acciones;” pues en particular se pretendía que la Sala Electoral declarara la nulidad de “decisiones” partidistas que incluían el apoyo otorgado por el partido PODEMOS al precandidato presidencial Henrique Capriles Radonski. Ello, para la Sala Electoral, supondría un análisis detallado de la normativa interna del partido PODEMOS, a fin de verificar el cumplimiento del procedimiento previsto para ello, sobre lo cual, a juicio de la Sala Electoral, el recurrente tenía a su disposición la interposición de recursos ordinarios que no habían sido ejercidos.

Dicha decisión de la Sala Electoral fue objeto de un recurso de revisión constitucional interpuesto el 30 de marzo de 2012 por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejercida por una abogado (Glesis Johana Machado Fernández) actuando con el carácter de apoderada judicial del Sr. Didalco Bolívar, “en su condición de Secretario General Nacional Adjunto y Miembro de la Dirección Nacional del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS)” considerando que el referido respaldo político antes mencionado dado por el partido al candidato de la oposición no había sido “consultada, discutida, ni aprobada por

³ Véase sobre esto, Allan R. Brewer-Carías, -Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano- en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46; Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela-, en Daniel Zovatto (Coordinador), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp. 893-937.

ninguna de las instancias que conforman su organización política,” sobre todo “si el candidato a respaldar pertenece a una organización política ajena al Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), y cuyo plan de gobierno es incompatible con el espíritu que identifica a su organización, identificado como un partido de izquierda, profundamente democrático y con asidero social.” El Sr. Ismael García, en su carácter de Secretario General Nacional del Movimiento Por la Democracia Social (PODEMOS) solicitó se declarase la inadmisibilidad de la solicitud de revisión planteada. En realidad, con el recurso de revisión constitucional, lo que se había solicitado a la Sala Constitucional era lo mismo que se había requerido de la Sala Electoral, como si la revisión constitucional fuese una tercera instancia.

La Sala Constitucional, sin entrar a analizar el fondo de la controversia, sólo constató que quien se identificaba como apoderada del Sr. Didalco Bolívar, no había consignado mandado alguno, y que, además, tampoco se había consignado copia certificada de la sentencia cuya revisión se solicitaba, razón por la cual, conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declaró inadmisile la solicitud de revisión.

Pero no concluyó allí la decisión, pues a pesar de declarar inadmisile la solicitud de revisión, con lo que ya había cesado con ello su competencia para decidir, tomando en cuenta los argumentos de los intervinientes, y a pesar de que uno de ellos efectivamente no lo hizo pues quien dijo ser su apoderado no lo había acreditado, consideró que de ellos se podía:

“advertir la existencia de una potencial lesión a una serie de derechos de significativo carácter constitucional, además de evidente trascendencia nacional, pues, en particular, refieren a derechos políticos reconocidos en los artículos 62, 63 y 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y a la materia electoral, que es de eminente orden público.”

De esto, la Sala Constitucional entonces resolvió que lo planteado por quien ni siquiera tenía poder para actuar en el juicio, “requiere la intervención de oficio de la máxima autoridad constitucional a través de la potestad extraordinaria de revisión constitucional, por ser la llamada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” de manera que después que haber declarado inadmisile tal revisión solicitada, procedió sin embargo “de oficio a conocer de la revisión constitucional formulada contra la sentencia N° 53, dictada el 28 de marzo de 2012, por la Sala Electoral de este Alto Tribunal.” A renglón seguido, la Sala Constitucional procedió a asumir la conducción de la política gubernamental, actuando en contra de las pretensiones de la oposición en la campaña presidencial, negándole al partido PODEMOS la posibilidad misma de apoyar al candidato de la oposición.

Para ello, la Sala Constitucional, también de oficio, sin ninguna argumentación adicional, pasó a dictar las siguientes medidas cautelares: *primero*, decidió la suspensión de los efectos de la sentencia de la mencionada Sala Electoral de 28 de marzo de 2012, “hasta tanto sea resuelta la presente causa;” *segundo*, decidió suspender “hasta tanto sea resuelta la presente causa, de los efectos del acto de la asamblea de la Organización con fines políticos PODEMOS, de fecha 19 de marzo de 2011;” *tercero*, acordó directamente, sin que nadie lo hubiese requerido, destituir de su cargo en el partido PODEMOS al Sr. Ismael García, y nombrar encargado del partido, incluso con el cargo de Presidente, al solicitante del recurso de revisión, decidiendo nombrar una “Junta *ad hoc*, la cual estará integrada, provisionalmente, hasta tanto se resuelva el fondo de la presente causa, por los ciudadanos: Didalco Bolívar y Baudilio Reinoso, quienes ejercerán, en el mismo orden en que son mencionados, los siguientes cargos: Presidente y Vicepresidente, cumpliendo las funciones directivas y de representación de la organización política PODEMOS”; cuarto, ordenó “al Consejo Nacional Electoral (CNE), remitir información respecto, a la existencia o no, de algún documento relacionado con la manifestación de voluntad por parte del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS), mediante la cual acuerden respaldar la candidatura del ciudadano Henrique Capriles Radonsky, para el evento electoral de carácter presidencial fijado para el próximo siete (07) de octubre de 2012,” y quinto, prohibió enajenar y gravar el inmueble de la Casa Nacional del Movimiento por la Democracia Social (PODEMOS).”

Leída esta sentencia, la conclusión es que hubiera sido imposible para el gobierno del Presidente Chávez haber podido obtener una decisión similar de ningún otro órgano del Estado, para neutralizar lo decidido por un partido político. La Sala Constitucional, en efecto, con esta sentencia entregó la conducción del partido PODEMOS al solicitante de la revisión (Sr. Didalco Bolívar), desplazando a quien conducía el partido hasta ese momento (Sr. Ismael García), inclinándose a favor del gobierno, anulando el apoyo que dicho partido había dado al candidato de la oposición.

Pero incluso, para asegurar que esto no fuese cambiado, la Sala Constitucional, en sexto lugar, ordenó “al Consejo Nacional Electoral abstenerse de aceptar cualquier postulación que derive de los acuerdos realizados por la Organización con fines políticos PODEMOS, posteriores a los del acto de asamblea que este fallo ordena suspender; salvo aquellos que sean acordados, conforme a los procedimientos de rigor, por la Junta *ad hoc* nombrada en este fallo.” Con ello la Sala Constitucional aseguraba que el partido PODEMOS no pudiera apoyar la postulación del candidato de la oposición, y aseguraba que bajo la dirección del Sr. Didalco Bolívar apoyara la postulación del candidato del gobierno.

Esta decisión, de la Sala Constitucional, usurpó abiertamente competencias que sólo podían corresponder al Consejo Nacional Electoral, órgano que en ningún caso ni siquiera hubiera podido “decidir” todo lo que la Sala acordó. Ello lo hizo la Sala, además, violando el principio de la imparcialidad y tomando partido abiertamente a favor del gobierno y en contra de la oposición democrática. La actuación, además, la realizó la Sala Constitucional *de oficio*, es decir, asumiendo directamente la conducción de la política electoral del gobierno, contraria a la de la oposición.

La Sala Constitucional, como cualquier tribunal, sólo puede ejercer sus competencias conforme a las previsiones constitucionales y legales, y en principio, conforme al principio dispositivo, es decir, a instancia de parte. En materia de actuación de oficio sobre control de constitucionalidad,⁴ la Constitución establece solo dos previsiones específicas, primero, en materia de control difuso de la constitucionalidad (art. 334); y segundo en materia de revisión de la constitucionalidad de los decretos de estados de excepción (art. 336.6).

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo, sin embargo, luego de que en el artículo 89 garantiza el principio dispositivo al establecer que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada, en varias normas ha ampliado la actuación de oficio de la Sala Constitucional conforme a la previsión de dicho artículo 89 en el sentido de que el Tribunal pueda actuar de oficio, “en los casos que disponga la ley.” Se eliminó, así, de la LOSJ 2010, la absurda previsión del artículo 18, párrafo 7° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, en la cual se había regulado la posibilidad de actuación de oficio sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, disponiéndose que el Tribunal y sus Salas podían actuar de oficio, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica, sino “cuando así lo amerite”. Esto, lamentablemente, dejaba a la libre apreciación de los Magistrados del Tribunal Supremo la posibilidad sin límites de actuación de oficio, lo que afortunadamente ha sido eliminado en la Ley de 2010.

Uno de los casos previstos en la Ley para la actuación de oficio está en su artículo 32 de la Ley Orgánica, que dispone que el control concentrado de 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.” Se trata de una actuación de oficio, exclusivamente limitada a autorizar a la sala a suplir las deficiencias de la demanda.

Otra excepción al principio dispositivo previsto en la Ley se refiere a permitir el inicio de un proceso de control concentrado de la constitucionalidad como consecuencia del ejercicio del control difuso, a cuyo efecto el artículo 33 de la Ley Orgánica, dispone que cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan dicho control difuso, al informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, ésta, de acuerdo con el artículo 34 de la misma Ley puede, en algunos casos, conforme al artículo 34 de la Ley, puede “ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala.”

En materia de avocamiento, la Ley Orgánica siguiendo una jurisprudencia de la propia Sala dispuso que el mismo procede “de oficio o a petición de parte” (art. 31.1).

Además, en materia de medidas cautelares el artículo 130 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. Para esto, por supuesto, se requiere de la existencia de un proceso en curso.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,” en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250.

En norma alguna del ordenamiento se autoriza a la Sala Constitucional a proceder a revisar de oficio sentencias por razones de constitucionalidad, habiendo sido ello construido por la propia Sala Constitucional, cuando además de ampliar el ámbito de las sentencias sujetas a revisión, en sentencia N° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), dispuso que:

“En cuanto a la potestad de esta Sala para revisar de oficio las sentencias definitivamente firmes en los mismos términos expuestos en la presente decisión, esta Sala posee la potestad discrecional de hacerlo siempre y cuando lo considere conveniente para el mantenimiento de una coherencia en la interpretación de la Constitución en todas las decisiones judiciales emanadas por los órganos de administración de justicia.”⁵

A pesar de que ello se configuró como un abuso de su poder, la competencia que se auto atribuyó la Sala fue para poder revisar de oficio las sentencias definitivamente firmes. Para ello, lo menos que tendría que haber es un proceso previo en el cual haya resultado una sentencia, y la Corte haya decidido revisar la sentencia para mantener la coherencia en la interpretación de la Constitución. Si no hay proceso ni hay sentencia definitivamente firme, no procedería la revisión; y ésta, en todo caso, tendría que ser con base a cuestiones de constitucionalidad.

Si volvemos al caso analizado se destaca que la sentencia dictada por la Sala Electoral sobre la cual se solicitó revisión fue de declaración de inadmisibilidad de la acción de amparo intentada, por lo que en realidad no hubo proceso alguno. La decisión de la Sala Constitucional fue la de declarar la inadmisibilidad del recurso de revisión, por lo que ya había cesado el procedimiento de revisión. Pero, sin embargo, en lugar de proceder a archivar el expediente, la Sala procedió de oficio a dictar una sentencia sin que en la misma se hubiese que “revisar” nada. A lo que estuvo destinada la sentencia fue a resolver autónomamente un tema de representación de partidos políticos, lo cual ni siquiera se consideró en la sentencia de cuya revisión se solicitó, y que era una materia que en realidad correspondía exclusivamente al Consejo Nacional Electoral, cuyas atribuciones fueron usurpadas por la Sala Constitucional.

Esta sentencia es una muestra más de lo que el juez constitucional, sin que se lo pueda controlar, es capaz de hacer en un régimen autoritario, asumiendo directamente la conducción política de la posición gubernamental frente a procesos electorales.

New York, Junio 2012

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 415.

34. SOBRE LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 132, oct-dic. 2012,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 201-213

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se pretende despojar al principio de separación de poderes de su esencia como principio de limitación del Poder del Estado como garantía de libertad y reducirlo a un mero principio técnico de organización del Estado.*

Palabras Clave: *Separación de poderes. Liberalismo. Limitación al poder.*

Abstract: *This comment is intended to analyze the jurisprudence of the Supreme Tribunal of Justice, tending to strip the principle of separation of powers its essential character of being a principle of limitation of power as a guaranty of freedom, and the intent to reduce it to a simple State's organization principle.*

Key words: *Separation of power. Liberalism. Limitation of power.*

I. LA TRADICIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de la separación de poderes ha tenido un tratamiento jurisprudencial constante en Venezuela, habiendo sido considerado como uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional.¹

Por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia N° 1368 de 13 de agosto de 2008, al declarar sin lugar una acción que se había intentado contra un acto de gobierno de 1984 mediante el cual el Presidente de la República había concedido un indulto, al analizar el vicio de “usurpación de funciones” que el Fiscal General de la República le había imputado al mismo al considerar que el Poder Ejecutivo no había respetado “la separación de funciones” establecida en la Constitución (artículos 117, 118 y 119, Constitución de 1961; y artículos 136, 137 y 138 de la Constitución de 1999) señaló que:

“los tres principios básicos sobre los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico constitucional, pueden ser resumidos en los siguientes: a) El de competencia, que actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; b) El de separación de poderes, dejando a salvo la necesaria coordinación entre los mismos, así como el ejercicio de ciertas funciones que no siéndoles esenciales les cumple realizar naturalmente, con base al cual funciona un mecanismo de balance en la división del poder y de mutuos controles o contrapesos entre los órganos que lo ejercen; y c) El principio de ejercicio del poder bajo la ley, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático, conforme al cual son excluidas la autocracia y la arbitrariedad (sentencia n° 457/2001, del 5 de abril).”²

Sobre estos principios “fundamentales al Estado de Derecho,” la Sala constató que “exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado (sentencia n° 457/2001, del 5 de abril);” considerando que “la división del poder no es un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho y como proyecto de regulación de la conducta social (sentencia n° 1.309/2001, del 19 de julio).”

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, pp. 67 ss.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1368-130808-01-2503.htm>

Sin duda, uno de los principios fundamentales del derecho público venezolano, ratificado en la Constitución de 1999, es el de la división horizontal o separación orgánica de poderes,³ que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral.

La Constitución de 1999, en efecto, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional, al hacerlo entre cinco Poderes, agregando a los tradicionales Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, dos nuevos, los Poderes Ciudadano y Electoral. Por tanto, en el nivel nacional se distinguen cinco ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado “Ejecutivo Nacional”; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.

La otrora clásica división del poder entre las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, en efecto, ya se había roto en el constitucionalismo moderno desde el Siglo XX, de manera que en general, el Poder Público se ejercía, además de por los órganos que componían las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente habían sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional (Contraloría general de la república, Ministerio Público, Consejo Supremo Electoral), y que en el caso de Venezuela, en 1999 se erigieron como ramas formales del Poder Público.⁴ Es el caso del Poder Ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (Art. 273), como la Contraloría General de la República (Art. 267); el Ministerio Público (Art. 284) y la Defensoría del Pueblo (Art. 280); y del Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (Art. 293). En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (Art. 267).

Por otra parte, la separación orgánica de poderes, particularmente en cuanto a las relaciones entre los mismos a los efectos de la conducción política de la sociedad, dio origen y configuró el sistema presidencial de gobierno, pero con una desmedida sujeción y distorsión parlamentaria, que al menos en la Constitución de 1999, hace que si el Presidente no controla políticamente la Asamblea, el sistema de gobierno es difícil que pueda funcionar.⁵

II. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO

En todo caso, en cuanto a la separación de poderes, la configuración del principio en la Constitución como instrumento de organización del Estado, responde a cierto grado de flexibilidad, tal como lo señaló la antigua Corte Suprema en el sentido de que “si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el Judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones

³ Véase en general, Manuel García Pelayo, -La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961,- en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1403 y 1420; Hildegard Rondón de Sansó, -La separación de los poderes en Venezuela,- en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1369-1403.

⁴ Conforme lo ha señalado la sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, la -redistribución orgánica del Poder Público- que establece la Constitución obedece, -según la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, especialmente las de ejecución de -procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos-. Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005.

⁵ Quizás por ello en la Exposición de Motivos de la Constitución se calificó el sistema de gobierno en la Constitución, en nuestro criterio incorrectamente como un -sistema semipresidencial.- Véase en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Tomo I, pp. 437 ss., y Tomo II, p. 1146.

de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas”⁶. El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otro,⁷ pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aún más clara y terminante al señalar que:

“Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe”. “La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial.”⁸

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en *primer lugar*, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del Poder Público; y, en *segundo lugar*, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución, la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los Poderes Públicos no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica. Tal como lo reconoció la Sala Constitucional en sentencia N° 3098 del 13 de diciembre de 2004 (Caso: *Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz*):

“No escapa a la Sala que, tal como argumentó en este juicio la representación de la Asamblea Nacional, el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”

Principio de colaboración de los Poderes Públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, un confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (Vgr. la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (Vgr. resolución de conflictos entre

⁶ Véase la sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53 en *Gaceta Forense*, N° 1, Caracas 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: -No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la *función administrativa*-. Véase Sentencia de 18-7-63 de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en *Gaceta Forense*, N° 41, Caracas 1963, p. 116.

⁷ Cfr. Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 26-5-51 en *Gaceta Forense*, N° 8, Caracas 1952, p. 114 y Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 12-6-68 en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

⁸ Esta doctrina fue establecida en Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 18-7-63 en *Gaceta Forense* N° 41, Caracas 1963, pp. 116 y 117, y ratificados por la misma Corte y Sala en Sentencias de 27-5-68 en *Gaceta Forense* N° 60, Caracas 1969, pp. 115 a 118, y de 9-7-69 en *Gaceta Forense* N° 65, Caracas 1969, pp. 70 a 74.

particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (Vgr. la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).⁹

La Sala Constitucional, ha considerado el principio de la separación de poderes como uno de los principios tradicionales del derecho público venezolano¹⁰ al afirmar en 2009, que el Constituyente de 1999:

“ha ensayado una distribución del Poder Público en niveles político-territoriales, así como una división en cada nivel. Esta distribución y división se cumplen mediante una asignación de tareas de diverso orden. Hay, por supuesto, potestades (legislar o resolver conflictos mediante actos con autoridad de cosa juzgada), tareas (satisfacer en lo concreto necesidades públicas), fines (denunciar la violación de derechos fundamentales), que caracterizan a dichos conjuntos de órganos. Pero ello no debe confundir al estudioso o al intérprete. En algunos casos, los efectos del acto que se emite sólo son propios de un grupo de órganos (la cosa juzgada); en otros la potestad es exclusiva (dirigir las relaciones exteriores de la República); y en no menor medida, la potestad es de uso común, aunque puede darse el caso que domine las tareas de un órgano en particular (por ejemplo, el control de la Administración Pública que comparten tanto la Asamblea Nacional como la Contraloría General de la República). Pero de lo que no caben dudas es que todos los Poderes, según el caso, comparten mecanismos, instrumentos, métodos y fines. El Poder Legislativo nacional no sólo legisla, sino que también controla, con lo cual se acerca a la función contralora y a la judicial al mismo tiempo (art. 187.3); interviene en la discusión y aprobación del presupuesto, lo que ha sido catalogado como una tarea propia de la Administración (187.6), e interviene en el proceso judicial de destitución del Presidente de la República (art. 266.2). El Presidente de la República debe regular el ejercicio del derecho que se restrinja mediante decretos de estado de excepción (236.7 y 339), con lo cual ejerce una potestad normativa; concede indultos, incidiendo así directamente en la función judicial (236.19). El Poder Ciudadano puede investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, para lo cual tendrá que valerse de técnicas que se asemejan a las que utiliza el Poder Judicial (274). El Poder Electoral dicta Reglamentos, los cuales contienen normas, es decir, es una técnica similar a la que usualmente ejerce el Poder Legislativo (293.1). Por último, el Poder Judicial se subroga a la Administración Pública en los casos que resuelve la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”¹¹

De lo anterior señaló la Sala, con razón, que “estos son algunos ejemplos del uso común de ciertos mecanismos por parte de algunos o de todos los Poderes Públicos,” incluso sin referirse a “los medios en que los Poderes injieren en las tareas de los otros, que son abundantísimos;” considerando que “basta con los mencionados para probar que nuestro orden jurídico constitucional no se caracteriza por asignar de forma exclusiva, excluyente u homogénea los métodos, técnicas o procedimientos que en general son los usuales de ciertos poderes públicos en el cumplimiento de sus fines.”¹²

Por ello concluyó la Sala, que la separación de poderes:

“no supone una distribución homogénea, exclusiva o excluyente, o no en todos los casos, de tareas, potestades o técnicas entre los conglomerados de órganos del Poder Público. Por tanto, no podría juzgarse inconstitucional una norma por el sólo hecho de atribuir una potestad a un Poder que es típica de otra, sobre la base de la violación de un pretendido principio de separación de poderes. Lo que corresponde en esos casos es examinar la particular regulación impugnada a la luz de la distribución que en concreto realiza el Constituyente. De su examen contrastante con la Constitución es que podría resultar la inconstitucionalidad de la norma porque, por ejemplo, se le hubiese atribuido al Poder Ciudadano la facultad de dictar sentencias con autoridad de cosa juzgada, o al Poder Judicial la potestad de gestionar servicios públicos, o al Legislador la de dirigir procesos electorales, o cuando se ponga en riesgo la autonomía e independencia del alguno de dichos poderes. Allí en ese contexto vislumbra indudablemente el principio de colaboración de poderes.”¹³

En otra parte de la sentencia, la Sala advirtió que:

“la Constitución de 1999 no refleja una estructura organizativa en la que la distribución de tareas entre los distintos Poderes corra paralela a una asignación de potestades homogéneas, exclusivas o excluyentes entre los mismos. La Constitución, sin duda, distribuye tareas, atribuye potestades, distingue entre un Poder

⁹ Sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *Nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 67 ss.

¹¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

¹² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

de otro, pero no establece para todos los casos que ciertos tipos de potestades sólo pueden ser ejercidas por un Poder en particular. La división de Poderes en tanto supone independencia de Poderes cumple una función político-constitucional relevante, particularmente cuando de lo que se trata es de la autonomía del Poder Judicial. El Poder Judicial debe ser un árbitro independiente e imparcial. Pero ello no significa que sea el único árbitro. La Sala Constitucional tiene la potestad de interpretar la Constitución; pero ello no significa que sea su único intérprete. El Poder Legislativo tiene la potestad de dictar actos normativos con forma de Ley; pero no es el único órgano que produce actos normativos. ¿Por qué habría de ser la potestad de dirimir controversias exclusiva de un Poder en particular? Si bien han de haber ámbitos de las relaciones sociales en los cuales debe establecerse dicha exclusividad, ella no podría predicarse de todos los campos del quehacer social. Corresponderá en todo caso al Legislador determinar en cuáles circunstancias y en qué medida dicha potestad será exclusiva del Poder Judicial y en cuáles otros y en que medida dicha potestad será ejercida por cualesquiera otro Poder Público, siempre atendiendo a las exigencias de los derechos fundamentales, particularmente de los consagrados en los artículos 26, 49 y 253 de la Constitución.”¹⁴

Por último, a los efectos del tema de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado, en sentencia No. 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), la Sala Constitucional indicó que el mismo

“responde igualmente a la visión contemporánea del principio de separación de poderes, el cual comporta la noción de control del ejercicio del Poder Público entre sus órganos, para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios del derecho y, evidencia que el referido principio tiene carácter instrumental, en tanto está destinado a hacer efectiva la sujeción de los órganos del Poder Público al bloque de la constitucionalidad.

El arquetipo orgánico y funcional del Estado, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge una conceptualización flexible de la división de poderes que permite que cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público colaboren entre sí, surgiendo como consecuencia necesaria de esta característica, que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

El principio de separación de poderes se sostiene, entonces en “(...) la identificación de la pluralidad de funciones que ejerce el Estado y que aun cuando modernamente no se conciben distribuidas de forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos, sí pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 962/2006-, lo cual no sólo ha permitido, que órganos jurisdiccionales -jurisdicción contencioso administrativa- dispongan lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, según señala el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que mediante la jurisdicción constitucional se garantice la plena vigencia de los principios y garantías que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”¹⁵

III. LOS INTENTOS DE DESIDEOLOGIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de la separación de poderes, sin embargo, a pesar de su uso frecuente, ha venido siendo progresivamente dismantelado por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reducirlo a un simple principio de organización, pretendiéndole quitar su base garantista de la libertad, de los derechos fundamentales y de la democracia.

Así, como antes destacamos, desde 2004 la Sala Constitucional ha afirmado que el principio de la separación de poderes “no es un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho.”¹⁶

¹⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

¹⁵ Citada en la sentencia, en *Revista de Derecho Público*, No 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 601-606.

¹⁶ *Idem*: Sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005

Con esta reducción de la separación de poderes a principio meramente técnico se ha pretendido ignorar su valor esencial, precisamente como principio de la ideología de la democracia liberal, que lo considera esencial para la existencia de la propia democracia y la libertad.

Esa afirmación de la Sala Constitucional, en todo caso, no fue una afirmación inocente, sino que fue el comienzo de un viraje anti democrático de la jurisprudencia constitucional que llevó a la Sala cinco años después, a afirmar despectivamente en sentencia No 1049 de 23 de julio de 2009,¹⁷ que “la llamada división, distinción o separación de poderes fue, al igual que la teoría de los derechos fundamentales de libertad, un instrumento de la doctrina liberal del Estado mínimo,” concebido no como “un mero instrumento de organización de los órganos del Poder Público, sino un modo mediante el cual se pretendía asegurar que el Estado se mantuviera limitado a la protección de los intereses individualistas de la clase dirigente.”

Descubrió así la Sala Constitucional, aún cuando distorsionándolo, el verdadero sentido de la separación de poderes, no sólo como mero instrumento de organización del Estado, sino como principio esencial de la democracia, la propia del Estado de derecho, para garantizar los derechos y libertades fundamentales, aún cuando por supuesto no sólo de “intereses individualistas de la clase dirigente” como con sesgo ideológico la confina el Tribunal Supremo.

Con este elemento “desideologizante” inserto en la jurisprudencia, en la cual incluso se califica al principio como un principio “conservador,”¹⁸ la Sala Constitucional luego comenzó a referirse al principio como “la llamada división, distribución o separación de poderes,” reafirmando su carácter instrumental en cuanto a que “no supone una distribución homogénea, exclusiva o excluyente, o no en todos los casos, de tareas, potestades o técnicas entre los conglomerados de órganos del Poder Público,” en el sentido de que “la Constitución de 1999 no refleja una estructura organizativa en la que la distribución de tareas entre los distintos Poderes corra paralela a una asignación de potestades homogéneas, exclusivas o excluyentes entre los mismos.”¹⁹

Lo cierto, en todo caso, es que a pesar de la instrumentalidad mencionada por la Sala Constitucional al referirse al principio de la separación de poderes, éste no es sólo un principio para la organización de los poderes del Estado, sino el fundamento para el control del poder, y particularmente, para el control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado, a los efectos, como lo decía Montesquieu, de que el magistrado que tiene poder pueda abusar de él, para lo cual deben imponérsele límites, de manera que mediante la distribución del poder, “el poder limite al poder “y se evite que “se pueda abusar del poder.”

Por ello es que el tema de la separación de poderes no se reduce a ser un tema de orden jurídico e instrumental para disponer la organización del Estado o para identificar los actos estatales, sino que es, además, por supuesto, un tema de orden político constitucional, considerado en el mundo contemporáneo como uno de los elementos esenciales de la democracia.

Esta, en efecto, no es sólo elección y contiendas electorales, sino un sistema político de interrelación y alianza global entre los gobernados que eligen y los gobernantes electos, dispuesto para garantizar, por una parte, primero, que los representantes sean elegidos por el pueblo, y que puedan gobernar representándolo; segundo, que el ciudadano además, pueda tener efectiva participación política no limitada a la sola elección periódica; tercero, por sobre todo, un sistema donde el ser humano tiene primacía con él, su dignidad, sus derechos y sus libertades; cuarto, que el ejercicio del poder esté sometido a control efectivo, de manera que los gobernantes y gestores públicos sean controlados, rindan cuenta de su gestión y pueda hacérselos responsables; y quinto, como condición para todas esas garantías, que la organización del Estado esté realmente estructurada conforme a un sistema de separación de poderes, con la esencial garantía de su independencia y autonomía, particularmente del poder judicial.²⁰

¹⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

¹⁸ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 1683 de 4 de noviembre de 2008 (Caso: *Defensoría del Pueblo*), en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 222 ss

¹⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela,” en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188; “Sobre los elementos de la democracia como régimen político: representación y control del poder,” en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en <http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R>; “Democracia: sus elementos y componentes esenciales y el control del poder,” en *Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, Tomo I*,

La Carta Interamericana de Derechos Humanos de 2001, que es quizás uno de los instrumentos internacionales más importantes del mundo contemporáneo - aún cuando lamentablemente en desuso - en este sentido fue absolutamente precisa al enumerar dentro de los *elementos esenciales* de la democracia: primero, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; segundo, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; tercero, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; cuarto, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y quinto, la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

Concebida la democracia conforme a estos elementos esenciales, la misma Carta Democrática los complementa con la exigencia de unos componentes esenciales de la misma, todos vinculados al control del poder, que son la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; el respeto de los derechos sociales y de la libertad de expresión y de prensa; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado, incluyendo el componente militar, a la autoridad civil legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho por todas las entidades y sectores de la sociedad (Art. 4).

Por todo ello es que el principio de la separación de poderes es tan importante para la democracia pues, en definitiva, del mismo dependen todos los demás elementos y componentes esenciales de la misma. En efecto, en definitiva, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que podría haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, así como rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que ésta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y en fin, sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por tanto, que sólo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y sólo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los Poderes Públicos.

No es difícil, por tanto, que ha sido precisamente por la ausencia de una efectiva separación de poderes Venezuela, que la democracia haya sido tan afectada en la última década, período en el cual se ha producido un proceso continuo y sistemático de desmantelamiento de la democracia,²¹ mediante el proceso paralelo de concentración del poder, y que ha conducido, entre otros aspectos graves, al desmantelamiento de la autonomía e independencia del poder judicial en su conjunto,²² y en particular, al control político por parte

Democracia: retos y fundamentos, (Compiladora Nuria González Martín), Instituto Electoral del Distrito Federal, México 2007, pp. 171-220; -Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,- en Diego Valadés (Coord.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 73-96

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010

²² Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, -La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004),- en XXX *Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, -El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial,- en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 245-269; y Allan R. Brewer-Carías -La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006),- en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 550, 2007) pp. 1-37. Véase también Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Tomo II, Caracas 2008, pp. 402-454.

del Ejecutivo nacional del Tribunal Supremo y de su Sala Constitucional, los cuales han sido puestos al servicio del autoritarismo,²³ afectando su rol de garantes de la Constitución y de los derechos humanos.²⁴

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la gravedad del problema, al punto de que, en su *Informe Anual de 2009*, después de analizar la situación de los derechos humanos en Venezuela y el deterioro institucional que ha sufrido el país, apuntó que todo ello “indica la ausencia de la debida separación e independencia entre las ramas del gobierno en Venezuela.”²⁵

Esa situación general es, por otra parte, la que permite entender que haya sido la propia Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, quien haya afirmado a la prensa en diciembre de 2009, simplemente que “la división de poderes debilita al Estado,” y que “hay que reformarla.”²⁶

Y quizás ello lo hizo para respaldar lo que ya un año antes, en agosto de 2008, había afirmado el propio Presidente de la República al referirse a un gran grupo de decretos leyes que había dictado conforme a una habilitación legislativa ilimitada que había recibido, implementando por lo demás, en forma inconstitucional la reforma constitucional que había sido rechazada por el pueblo en referendo de diciembre de 2007. El presidente llegó a decir simplemente: “*Yo soy la Ley. Yo soy el Estado*,”²⁷ repitiendo así las mismas frases que él mismo ya había dicho en 2001, aún cuando con un pequeño giro - entonces dijo “*La Ley soy yo. El Estado soy yo*”²⁸-, al referirse también en aquella oportunidad a la sanción inconsulta de cerca de 50 decretos leyes violando la Constitución. Esas frases, como sabemos, se atribuyeron en 1661 a Luis XIV para calificar el gobierno absoluto de la Monarquía, cuando a la muerte del cardenal Gulio Raimondo Mazarino, el Rey mismo asumió el gobierno sin nombrar un sustituto como ministro de Estado.

Pero la verdad histórica es que, y ello que hace aún más grotescas las afirmaciones del Presidente venezolano, ni siquiera Luis XIV llegó realmente a expresar esas frases que buscaban sólo resumir su decisión de gobernar sin el apoyo de un primer ministro.²⁹

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El rol del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, en el marco de la ausencia de separación de poderes, producto del régimen autoritario,- en *Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá D.C., 16 de marzo de 2011, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá de Bogotá 2011, pp. 85-111; -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*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418, y en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650; y -Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela,- en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El proceso constitucional de amparo en Venezuela: su universalidad y su ineffectividad en el régimen autoritario,- en *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima 2011, Tomo II, pp 219-261.

²⁵ Véase IACHR, *2009 Annual Report*, para. 472, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.ing.htm>. El Presidente de la Comisión, Felipe González, dijo en abril de 2010: -Venezuela es una democracia que tiene graves limitaciones, porque la democracia implica el funcionamiento del principio de separación de poderes, y un Poder Judicial libre de factores políticos.- Véase en Juan Francisco Alonso, -Últimas medidas judiciales certifican informe de la CIDH,- en *El Universal*, Apr. 4, 2010.

Available at http://universo.eluniversal.com/2010/04/04/pol_art_ultimas-medidas-jud_1815569.shtml.

²⁶ Véase en Juan Francisco Alonso, -La división de poderes debilita al estado. La presidenta del TSJ [Luisa Estela Morales] afirma que la Constitución hay que reformarla,- *El Universal*, Caracas 5 de diciembre de 2009, en http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml. Véase la exposición completa de la presidenta del Tribunal Supremo en http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasde_prensa/notasdeprensa.asp?codigo=7342

²⁷ Expresión del Presidente Hugo Chávez Frías, el 28 de agosto de 2008. Ver en Gustavo Coronel, *Las Armas de Coronel*, 15 de octubre de 2008: <http://lasarmasdecoronel.blogspot.com/2008/10/yo-soy-la-ley-yo-soy-el-estado.html>

²⁸ Véase en *El Universal*, Caracas 4-12-01, pp. 1, 1 and 2, 1. Es también lo único que puede explicar, que un Jefe de Estado en 2009 pueda calificar a -la democracia representativa, la división de poderes y el gobierno alternativo- como doctrinas que -envenenan la mente de las masas.- Véase la reseña sobre -Hugo Chávez seeks to catch them young,- *The Economist*, 22-28 Agosto 2009, p. 33.

²⁹ Véase Yves Guchet, *Histoire Constitutionnelle Française (1789-1958)*, Ed. Erasme, Paris 1990, p.8.

Por ello, oírlas de boca de Jefe de Estado de nuestros tiempos, es suficiente para entender la trágica situación institucional de Venezuela, precisamente caracterizada por la completa ausencia de separación de poderes, de independencia y autonomía del Poder Judicial y, en consecuencia, de gobierno democrático.³⁰

IV. LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES POR LA PROPIA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En este contexto de afectación de la separación de poderes, en algunos casos, ha sido la propia Sala Constitucional el vehículo utilizado por los otros poderes del Estado para secuestrar y tomar control directo de otras ramas del Poder Público.

Así sucedió con el Poder Electoral que en Venezuela se concibe como uno de los poderes del Estado en la penta división de poderes que establece la Constitución (Poderes ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y ciudadano). Esto comenzó en 2002, después de la sanción de la Ley Orgánica del Poder Electoral,³¹ cuando la Sala Constitucional, al declarar sin lugar un recurso de inconstitucionalidad que había ejercido el propio Presidente de la República contra una Disposición Transitoria de dicha Ley Orgánica, en un *obiter dictum* consideró que dicha Ley era “inaplicable” al entonces en funciones Consejo Nacional Electoral en materia de quórum para decidir, impidiéndosele entonces a dicho órgano poder tomar decisión alguna, al considerar que debía hacerlo con una mayoría calificada de 4/5 que no estaba prevista en la Ley (la cual disponía la mayoría de 3/5). Para ello, la Sala “revivió” una previsión que estaba en el derogado Estatuto Electoral transitorio que se había dictado en 2000 sólo para regir las elecciones de ese año, y que ya estaba inefectivo.³² Con ello, por la composición de entonces del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional impidió que dicho órgano funcionara y entre otras tareas, que pudiera, por ejemplo, darle curso a la iniciativa popular de más de tres millones de firmas de convocar un referendo consultivo sobre la revocación del mandato del Presidente de la República.

En todo caso, ello significó, en la práctica, la parálisis total y absoluta del Poder Electoral, lo que se consolidó por decisión de otra Sala del Tribunal Supremo, la Sala Electoral, primero, impidiendo que uno de los miembros del Consejo pudiese votar,³³ y segundo, anulando la convocatoria que había hecho el Consejo para un referendo consultivo sobre la revocación del mandato del Presidente.³⁴

La respuesta popular a estas decisiones, sin embargo, fue una nueva iniciativa popular respaldada por tres millones y medio de firmas para la convocatoria de un nuevo referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, para cuya realización resultaba indispensable designar los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral. La bancada oficialista en la Asamblea Nacional no pudo hacer por sí sola dichas designaciones, pues en aquél entonces no controlaba la mayoría de los 2/3 de los diputados que se requerían para ello, por lo que, ante la imposibilidad o negativa de llegar a acuerdos con la oposición, y ante la perspectiva de que no se nombraran los miembros del Consejo Nacional Electoral, la vía que se utilizó para lograrlo, bajo el total control del gobierno, fue que la Sala Constitucional lo hiciera.

³⁰ Véase el resumen de esta situación en Teodoro Petkoff, -Election and Political Power. Challenges for the Opposition,- en *ReVista. Harvard Review of Latin America*, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, Fall 2008, pp. 12. Véase, además, Allan R. Brewer-Carías, -Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,- en Diego Valadés (Coord.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 73-96.

³¹ Véase en *Gaceta Oficial* No. 37.573 de 19-11-2002

³² Véase Sentencia No. 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736)

³³ Véase Sentencia No. 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Dario Vivas y otros*). Véase en Allan R. Brewer-Carías, -El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,- en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312

³⁴ Véase Sentencia No. 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: *Dario Vivas y otros*). Véase Allan R. Brewer-Carías, en -El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,- en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396.

Para ello, se utilizó la vía de decidir un recurso de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa en hacer las designaciones, que se había intentado, de manera que, al decidir el recurso, la Sala, en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional para que hiciera los nombramientos como correspondía, procedió a hacerlo directamente, usurpando la función del Legislador, y peor aún, sin cumplir con las condiciones constitucionales requeridas para hacer los nombramientos.³⁵

Con esta decisión, la Sala Constitucional le aseguró al gobierno el completo control del Consejo Nacional Electoral, secuestrando a la vez el derecho ciudadano a la participación política, y permitiendo al partido de gobierno manipular los resultados electorales.

La consecuencia de todo ello ha sido que las elecciones que se han celebrado en Venezuela durante la última década han sido organizadas por una rama del Poder Público supuestamente independiente pero tácticamente controlada por el gobierno, totalmente parcializada. Esa es la única explicación que se puede dar, por ejemplo, al hecho de que aún hoy día se desconozca cuál fue el resultado oficial de la votación efectuada en el referendo aprobatorio de 2007 mediante el cual se rechazó la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República. Ello es igualmente lo que explica que se pudiera sancionar la Ley Orgánica de los Procesos Electorales en 2008, para materialmente, en fraude a la Constitución, eliminar la representación proporcional en la elección de los diputados a la Asamblea Nacional, al punto de que, en las elecciones legislativas de septiembre de 2010, con una votación inferior al cincuenta por ciento de los votos, el partido oficial obtuvo casi los 2/3 de diputados a la Asamblea Nacional.

El principio de la separación de poderes, como principio fundamental del ordenamiento constitucional, no es ni puede ser considerado solamente como un principio técnico de organización del Estado, para solamente asegurar el adecuado ejercicio de las diversas funciones estatales por parte de los diversos órganos que ejercen el Poder Público. Al contrario, tiene que ser considerado como un principio esencial de la configuración del Estado constitucional y democrático de derecho, el cual sin duda tiene un carácter ideológico vinculado al liberalismo democrático, concebido para asegurar el sistema de control y limitación del poder que le es esencial. Su justificación, precisamente es esa: asegurar la libertad y la vigencia de los derechos fundamentales mediante la limitación y control del poder.

Por tanto, todo proceso tendiente a desvirtuarlo y reducirlo a ser un mero instrumento técnico, maleable por el poder, permitiendo su concentración en uno de los poderes del Estado, no es sino el signo más característico de todos los autoritarismos.

³⁵ Sentencia No. 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*); y sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*). Véase en Allan R. Brewer-Carías, -El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,- en *Svdi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N° 55,3, Università degli studi di Urbino, pp.379-436

35. 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

Revista de Derecho Público, N° 133, enero-marzo. 2012,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 179-212

Resumen: *Este comentario está destinado a estudiar el significado y efectos constitucionales de las dos sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en enero de 2013 y en marzo de 2013, que tuvieron por objeto asegurar primero, que ante la falta de comparecencia y juramentación del Presidente Chávez a la toma de posesión de su cargo el 10 de enero de 2013 para el periodo constitucional 2013-2019 para el cual había sido electo, continuara el gobierno anterior con el Vicepresidente como encargado del Poder Ejecutivo; y segundo que con motivo del fallecimiento del Presidente Chávez sin haber tomado posesión del cargo para el cual fue electo, siguiera a cargo del Poder Ejecutivo, como Presidente Encargado el mismo Vicepresidente del gobierno anterior, hasta que ocurriera una nueva elección presidencial, asegurándole la participación a éste último como candidato, sin tener que separarse de su cargo.*

Abstract: *These comments are devoted to study the constitutional meaning and effects of two decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, issued in January 2013 and March 2013, with the following purposes: First, to assure the continuity of the previous government named by President Chavez, with a Vice President in charge of the President's Office, due to his absence in his Inauguration and Oath on January 10, 2013, for the new constitutional term 2013-2019 for which he was elected. Second, to assure that when President Chavez died without having taken his Oath, the same Vice President could continue in charge of the Executive, as President in charge, allowing him to participate as candidate in the presidential election without having to leave his post.*

Palabras Clave: *Presidencia de la República; Periodo constitucional; Faltas absolutas; Juramento presidencial.*

Key words: *Presidency of the republic; Constitutional Term; Absolute Absence; Presidential Oath.*

En materia de procesos constitucionales, incluyendo el que se desarrolla con motivo de demandas autónomas de interpretación abstracta de la Constitución, siempre que haya hechos, los mismos requieren de prueba para que el juez pueda decidir. En este campo de los procesos constitucionales, no sólo hay un derecho de las partes “a probar,” sino que, incluso tratándose de los casos de interpretación abstracta de la Constitución, si hay en el procedimiento hechos relevantes involucrados, el tema de las pruebas da origen incluso a un derecho ciudadano a que el juez constitucional solo pueda decidir fundado en pruebas, haciendo con ellas patente la certeza del hecho, lo que incluso puede hacer de oficio. En materia constitucional, por tanto, no puede ni debe haber proceso sin pruebas.

En enero y marzo de 2013, sin embargo, contrariando a ese principio, la justicia constitucional en Venezuela fue el escenario para que se produjese una grave violación del principio democrático mediante dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, adoptadas, por lo demás, sin que se hubiese realizado la más mínima y elemental actividad probatoria. Las sentencias fueron dictadas al decidir sendos recursos de interpretación abstracta de la Constitución, la primera, con el N° 2 dictada el 9 de enero de 2013, destinada a resolver la situación jurídica derivada de la falta de comparecencia del Presidente Chávez, para tomar posesión de su cargo en el inicio del período constitucional 2013-2019, rehusando la Sala Constitucional a considerar que ello se trataba de una falta absoluta del Presidente electo, asegurando una supuesta continuidad administrativa de un Presidente que la Sala declaró, sin saber ciertamente la real salud del Presidente electo y enfermo, procediendo a afirmar que a pesar de estar ausente del país estaba supuestamente en ejercicio efectivo de su cargo, cuando en realidad estaba recluido en un Hospital en La Habana;¹ y la segunda, con el N° 141, dictada el 8 de marzo de 2013, después de que el Vicepresidente anunciara el fallecimiento del Presidente Chávez, pero sin constatar tal circunstancia ni siquiera decir cuándo ese hecho ocurrió, para asegurar que el Vicepresidente Ejecutivo ya impuesto como gobernante por la misma Sala, continuara como Presidente Encargado, y además, habilitándolo contra lo dispuesto en la Constitución para que se presentara como candidato presidencial, sin separarse de su cargo.² Ambas sentencias, hechas a la medida del régimen autoritario, fueron abierta y absolutamente inconstitucionales y dictadas, además, en ausencia de toda base probatoria: en enero, la Sala nunca tuvo a su vista informe médico alguno que indicara el estado de salud del Presidente Chávez, y en marzo, nunca tuvo a su vista la partida de defunción del Presidente Chávez, para determinar la fecha de su fallecimiento, basándose sólo para resolver en el hecho de que el Vicepresidente había anunciado su fallecimiento.

Pero las sentencias, además, violentaron el derecho ciudadano a la democracia y a ser gobernados por gobiernos de origen democrático. En efecto, en un Estado constitucional democrático de derecho como el que se regula en la Constitución de 1999, además de los clásicos derechos civiles, políticos, sociales, económicos y ambientales, los ciudadanos tienen un conjunto de derechos que derivan de la propia concepción de dicho Estado de derecho, como por ejemplo son el derecho ciudadano a la supremacía constitucional y el derecho a la democracia, lo que implica que los derechos políticos no se reducen a los que desde antaño generalmente se han establecido expresamente en las Constituciones, como son los clásicos derecho a elegir y a ser electo, el derecho de asociarse en partidos políticos, el derecho a ocupar cargos públicos o el derecho a la participación política.

Además de éstos, en consecuencia, en la Constitución también se puede identificar el derecho a la democracia como derecho político, es decir, como derecho ciudadano a la existencia de un régimen político en el cual se garanticen al menos los siguientes *elementos esenciales* que enumera la *Carta Democrática Interamericana*: 1) el 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).³ Por algo, con razón, hace varias centurias Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu advirtió que “Es una experiencia eterna 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”.⁴

¹ Véase el texto de la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html>

² Véase el texto de la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -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; -Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia-, en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94; -El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los Poderes de la Administración y los derecho del administrado-, en Víctor Hernández Mendiola (Coordinador), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela)*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, pp. 1417-1439

⁴ *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cáp. IV, pp. 162-163

Y ha sido precisamente este derecho a la democracia, como derecho de los ciudadanos a ser gobernados por funcionarios electos democráticamente en elecciones libres y que acceden al poder en la forma prescrita en la Constitución, el que se violó abierta y flagrantemente en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2 del día 9 de enero de 2013, al resolver un recurso de interpretación abstracta de la Constitución intentado por un abogado el 21 de diciembre de 2012,⁵ para determinar el contenido y alcance del artículo 231 de la Constitución, en particular, “en cuanto a si, la formalidad de la Juramentación prevista para el 10 de enero de 2013 constituye o no una formalidad *sine qua non* para que un Presidente Reelecto, continúe ejerciendo sus funciones y si tal formalidad puede ser suspendida y/o fijada para una fecha posterior.”⁶ El artículo cuya interpretación se requería, indica:

“Art. 231. El candidato elegido o candidata elegida tomará posesión del cargo de Presidente o Presidenta de la República el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el Presidente o Presidenta de la República no pudiese tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia

La solicitud de interpretación constitucional estaba sin duda motivada por una razón estrictamente de hecho: el Presidente de la República para el período constitucional 2007-2013 Hugo Chávez, quien había sido reelecto Presidente de la República para el período 2013-2019, debía tomar posesión de su cargo el día 10 de enero de 2013, desde el 10 de diciembre de 2012 se encontraba en La Habana, Cuba, según se había informado públicamente, postrado en una cama de hospital luego de haber sido sometido a una operación quirúrgica, por lo que se presumía que no podría acudir a dicho acto de toma de posesión de su cargo. En el caso, la Sala Constitucional debía sin duda analizar dos derechos políticos involucrados: por una parte, el *derecho que tenía el ciudadano* H. Chávez para ejercer el cargo para el cual había sido electo, y el *derecho de todos los ciudadanos* a estar gobernados por un gobernante electo popularmente. Para garantizarle *sine die* el derecho a H. Chávez de poder algún día tomar posesión de su cargo, sin embargo, se violó el derecho ciudadano a la democracia, y se le impuso a los venezolanos la carga antidemocrática de comenzar el 10 de enero de 2013 a estar gobernados por funcionarios que no tenían legitimidad democrática pues no habían sido electos, también *sine die*, sin que la Sala Constitucional hubiese desplegado actividad probatoria alguna, así fuera la más elemental para determinar cuál era el estado de salud del Presidente no compareciente.

La primera parte del artículo 231 de la Constitución, por otra parte, en realidad no requería de interpretación alguna, pues concatenada con el artículo anterior que establece que el período constitucional del Presidente “es de seis años” (art. 230), dispone con toda claridad que el Presidente electo (o reelecto) debe tomar (“tomará”) posesión del cargo “el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional.” La segunda parte de la norma, sin embargo, si podía requerir de interpretación, por no regular con precisión quién debía encargarse de la Presidencia de la República en el nuevo periodo que se inicia el 10 de enero del año siguiente a una elección presidencial cuando por motivos sobrevenidos el Presidente electo no comparece a tomar posesión de su cargo mediante juramento ante la Asamblea Nacional.

Por ello, en relación con la primera parte de la norma (que no requería interpretación), la Sala Constitucional precisó, desmintiendo afirmaciones que se habían hecho con anterioridad por altos funcionarios del Estado, que el juramento previsto en la norma constitucional del artículo 231 “no puede ser entendido como una mera formalidad carente de sustrato y, por tanto, prescindible sin mayor consideración,” sino que más bien se trata de una “solemnidad para el ejercicio de las delicadas funciones públicas” con “amplio arraigo en nuestra historia republicana,” que “procura la ratificación, frente a una autoridad constituida y de manera pública, del compromiso de velar por el recto acatamiento de la ley, en el cumplimiento de los deberes de los que ha sido investida una determinada persona.” Partiendo de esta afirmación que rechazaba el criterio de que la juramentación era un mero formalismo,⁷ la Sala Constitucional se refirió al juramento

⁵ Expediente N° 12-1358, Solicitante: Marelys D’Arpino

⁶ Véase el texto de la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html>

⁷ Al contrario, el día anterior a la sentencia, en la reseña de un programa de televisión, se informó que la Fiscal General de la República, Sra. Ortega, afirmaba que -Estamos en presencia de un presidente reelecto y el requisito que exige el 231 es la toma de posesión, y toma posesión del cargo a través del juramento, pero como es reelecto él está en posesión de cargo y él está en el cargo por el juramento-, puntualizó. Por ello señaló que las posibles circunstancias planteadas

en el caso del Presidente de la República, indicando que el mismo “debe tener lugar ante la Asamblea Nacional, como órgano representativo de las distintas fuerzas sociales que integran al pueblo, el 10 de enero del primer año de su período constitucional.” Sobre ello, incluso, la misma Sala Constitucional se había pronunciado unos años antes, en sentencia N° 780 del 8 de mayo de 2008 (Caso *Gobernador del Estado Carabobo*), afirmando que el juramento constituía “una solemnidad imprescindible,” para la “toma de posesión” de la cual depende “el inicio de la acción de gobierno” y, por tanto, “condiciona la producción de los efectos jurídicos” de la “función ejecutiva” (en este caso del Presidente electo) y, el consiguiente, “desarrollo de las facultades de dirección y gobierno” de Estado, “así como la gestión del interés público que satisface real y efectivamente las necesidades colectivas,” considerando, en fin que “de ello depende el funcionamiento de uno de los poderes del Estado.”⁸

Precisó, además, la Sala, que “si por ‘*cualquier motivo sobrevenido*,’ a tenor de la citada norma, la misma no se produce ante *dicho órgano* y en la *mencionada oportunidad*, deberá prestarse el juramento ante el Tribunal Supremo de Justicia, sin señalarse una oportunidad específica para ello” (*Cursiva y negritas de la Sala*). Esto significaba, en criterio de la Sala Constitucional, que el acto de juramentación no era una “formalidad prescindible, sino que al contrario “debe tener lugar, aunque por la fuerza de las circunstancias (“*cualquier motivo sobrevenido*”) sea efectuado en otras condiciones de modo y lugar.”

En todo caso, luego de estas aclaratorias, la Sala Constitucional precisó que el objetivo de la interpretación de la norma constitucional que se le requería no era el determinar el carácter imprescindible del acto de la juramentación, que no lo era, sino determinar “con certeza los efectos jurídicos de la asistencia o inasistencia al acto de ‘*toma de posesión y juramentación ante la Asamblea Nacional*,’ el 10 de enero próximo, por parte del *Presidente reelecto*.” Y así pasó la Sala, no ya a resolver una interpretación abstracta del artículo 231 de la Constitución, sino en realidad a resolver una cuestión de hecho, específicamente referida al estado de salud del Presidente de la República Hugo Chávez, quien convalecía en un país extranjero en una cama de hospital, sin poder movilizarse, recuperándose de unas complicaciones postoperatorias, lo que sin duda hasta allí era un hecho notorio que no requería de pruebas. Por ello la Sala Constitucional consideró “imprescindible tomar en consideración el *derecho humano a la salud* y los principios de justicia, de preservación de la voluntad popular –representada en el proceso comicial del 7 de octubre de 2012- y de continuidad de los Poderes Públicos,” refiriéndose, además, a la tradición constitucional en la materia, particularmente conforme se consagraba en la Constitución de 1961.

De este último análisis, y contrariamente a lo que se establecía en el artículo 186 de la Constitución de 1961 que regulaba la consecuencia jurídica de la no comparecencia del Presidente entrante al acto de juramentación, al precisar que “*Cuando el Presidente electo no tomare posesión dentro del término previsto en este artículo, el Presidente saliente resignará sus poderes ante la persona llamada a suplirlo provisionalmente en caso de falta absoluta, según el artículo siguiente, quién los ejercerá con el carácter de Encargado de la Presidencia de la República hasta que el primero asuma el cargo*”; ante la ausencia de una norma similar en la Constitución de 1999, la Sala Constitucional concluyó considerando que ello impedía “considerar la posibilidad de que, una vez concluido el mandato presidencial, deba procederse como si se tratara de una falta absoluta, a los efectos de la suplencia provisional que cubriría el Presidente de la Asamblea Nacional.”

en el 231 de la Constitución -no se hacen necesarias- porque el presidente Chávez sigue en la posición del cargo. Precisó que dicha formalidad no puede poner -en riesgo la estabilidad de un país, la institucionalidad, el estado de derecho, social, sencillamente porque el Presidente que está en posesión del cargo, se encuentra debidamente autorizado por la Asamblea Nacional para recuperarse de su estado de salud-. En -Fiscal Ortega Díaz: Presidente Chávez y tren ministerial están en posesión de su cargo-, en <http://www.patriagrande.com.ve/temas/venezuela/fiscal-ortega-diaz-presidente-chavez-tren-ministerial-posesion-cargo/>

⁸ En la parte pertinente relativa al inicio del período constitucional del Gobernador como jefe del Ejecutivo en un Estado (Estado Carabobo), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo decidió como sigue: -Ciertamente y tal como señaló esta Sala en la decisión N° 780 del 8 de mayo de 2008, la eficacia tangible del principio democrático constituye un parámetro esencial en la determinación de la finalidad humanista del Estado y como quiera que el inicio de la acción de gobierno depende de la correspondiente toma de posesión, resulta patente que el acto de juramentación del jefe del ejecutivo estatal constituye una solemnidad imprescindible para la asunción de la magistratura estatal y, por tanto, condiciona la producción de los efectos jurídicos de una de las funciones esenciales de los entes político territoriales, a saber, la función ejecutiva del gobernador electo y, el consiguiente, desarrollo de las facultades de dirección y gobierno de la entidad, así como la gestión del interés público que satisface real y efectivamente las necesidades colectivas, resulta patente la difusividad del asunto planteado ya que de ello depende el funcionamiento de uno de los poderes del Estado Carabobo-. Véase la sentencia No 780 del 8 de mayo de 2008 (Caso *Gobernador del Estado Carabobo*).

Por supuesto, era evidente que la falta de comparecencia del Presidente electo al acto de juramentación, en sí misma y conforme a la Constitución de 1999, no podía ser considerada como una “falta absoluta” en los términos de la misma Constitución de 1999 pues no encuadraba en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 233 de la misma, que por lo demás se aplicaban al Presidente electo en virtud de la misma norma, sólo cuando se produjera “antes de tomar posesión”;⁹ pero nada autorizaba a señalar (incluso habiéndose incorporado la reelección inmediata a la Constitución de 1999) que para la solución constitucional del hecho de la no comparecencia del Presidente Chávez el día 10 de enero de 2013, y determinar en ese caso quién se debía encargar de la Presidencia de la República, no debía procederse “como si se tratara de una falta absoluta” del Presidente electo, lo que conforme al artículo 233 de la Constitución conllevaba a que fuera el Presidente de la Asamblea Nacional en que se encargase de la Presidencia.

Así como puede considerarse correcta la apreciación de la Sala de que la falta de comparecencia del Presidente electo al acto de toma de posesión no podía *per se* considerarse como una “falta absoluta,”¹⁰ sin embargo no podría considerarse correcta la apreciación de la misma Sala de negar que en esos casos, para determinar quién se debía encargar de la Presidencia hubiera que rechazar a esos solos efectos, que se procediera “como si se tratara de una falta absoluta” encargándose el Presidente de la Asamblea de la Presidencia mientras el Presidente electo se juramentaba ante el Tribunal Supremo, ya que dicho funcionario era en definitiva es el único que tenía legitimidad democrática, pues había sido a su vez electo popularmente, y asegurar así el derecho a la democracia.

Por otra parte, la Sala Constitucional argumentó que “la falta de juramentación ante la Asamblea Nacional, el 10 de enero, tampoco produce tal suerte de ausencia, pues la misma norma admite que dicha solemnidad sea efectuada ante este Máximo Tribunal, en una fecha que no puede ser sino posterior a aquella.” Ello sin embargo, no era correcto en cuanto al hecho de que se permitiera en la norma que la juramentación pudiera hacer en una fecha posterior, pero era innegable en el caso sometido al conocimiento de la Sala, que si el Presidente electo Hugo Chávez no acudía a juramentarse el 10 de enero de 2013 por estar postrado en una cama de hospital, fuera de Venezuela, gravemente enfermo, en ese caso su “ausencia” si era patente, como cuestión de hecho, razón por la cual debía encargarse de la Presidencia el Presidente del Congreso, hasta que cesase la ausencia. Esta circunstancia, hasta aquí, sin duda planteaba una cuestión de hecho que en cambio si requería de prueba, y que era la de determinación con precisión el estado de gravedad del Presidente electo Hugo Chávez, quien a pesar de que estaba ejerciendo su derecho a recuperar su salud, resultaba elemental que la Sala Constitucional determinara el estado real de la misma.

La Sala Constitucional, sin embargo, nada hizo al respecto, pasando a argumentar en su sentencia que “en el caso de una autoridad reelecta y, por tanto, relegitimada por la voluntad del soberano,” como era el caso precisamente del Presidente Hugo Chávez, reelecto en octubre de 2012, sería un “contrasentido mayúsculo considerar que, en tal supuesto, existe una indebida prórroga de un mandato en perjuicio del sucesor, pues la persona en la que recae el mandato por fenecer coincide con la persona que habrá de asumir el cargo.” Esta afirmación, en realidad, si era en sí misma un “contrasentido mayúsculo” y sin sentido alguno, pues en ningún caso en que se posponga el acto de toma de posesión de un Presidente se puede operar una “prórroga” del mandato del período constitucional que termina; por lo que la afirmación es contradicha en la misma sentencia al afirmarse de seguidas que “tampoco existe alteración alguna del período constitucional pues el Texto Fundamental señala una oportunidad precisa para su comienzo y fin: el 10 de enero siguiente a las elecciones presidenciales, por una duración de seis años (artículo 230 *eiusdem*).”

⁹ La Sala, en la sentencia agregó sobre esto que -considerar que la solemnidad del juramento, en la oportunidad prefijada del 10 de enero y ante la Asamblea Nacional, suponga una especie de falta absoluta que, no sólo no recoge expresamente la Constitución, sino que antagoniza con la libre elección efectuada por el soberano, en franco desconocimiento de los principios de soberanía popular y democracia protagónica y participativa que postulan los artículos 2, 3, 5 y 6 del Texto Fundamental.- Dijo además la Sala en este aspecto que -al no evidenciarse del citado artículo 231 y del artículo 233 *eiusdem* que se trate de una ausencia absoluta, debe concluirse que la eventual inasistencia a la juramentación prevista para el 10 de enero de 2013 no extingue ni anula el nuevo mandato para ejercer la Presidencia de la República, ni invalida el que se venía ejerciendo.-

¹⁰ Esto lo reitera la sala en otro párrafo de la sentencia al señalar que -las vacantes absolutas no son automáticas ni deben presumirse. Estas están expresamente contempladas en el artículo 233 constitucional y, al contrario de lo que disponían los artículos 186 y 187 de la Constitución de 1961, la imposibilidad de juramentarse (por motivos sobrevenidos) el 10 de enero de 2013, no está expresamente prevista como causal de falta absoluta.-

Por ello, es que al no presentarse el Presidente electo Chávez al acto de toma de posesión, el nuevo mandato se inició indefectiblemente el 10 de enero de 2013 y para ello es que mientras no compareciera dicho Presidente electo para tomar posesión del nuevo mandato, quien se debía encargar de la Presidencia era el Presidente de la Asamblea Nacional. Nada cambiaba esta solución constitucional el hecho de que el Presidente electo Hugo Chávez hubiese sido a la vez “reelecto.”

La Sala Constitucional, a renglón seguido pasó luego a referirse a otro aspecto jurídico relativo al ejercicio de cargos públicos, que nada tenía que ver con la norma constitucional que se buscaba interpretar, y fue el referido al “*Principio de Continuidad Administrativa*, como técnica que impide la paralización en la prestación del servicio público,” según el cual, “la persona designada para el ejercicio de alguna función pública no debe cesar en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, hasta tanto no haya sido designada la correspondiente a sucederle (*vid.* sentencia N° 1300/2005).” Ciertamente, se trata de un principio elemental del derecho administrativo de la función pública, destinada a los funcionarios nombrados o designados, pero que no se puede aplicar a la terminación de un período constitucional y al inicio del otro respecto de funcionarios electos.¹¹ La Sala Constitucional, en efecto, erradamente resolvió que:

“En relación con el señalado principio de continuidad, en el caso que ahora ocupa a la Sala, resultaría inadmisibles que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional (10 de enero de 2013) y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno (saliente) queda *ipso facto* inexistente. No es concebible que por el hecho de que no exista una oportuna “*juramentación*” ante la Asamblea Nacional quede vacío el Poder Ejecutivo y cada uno de sus órganos, menos aún si la propia Constitución admite que tal acto puede ser diferido para una oportunidad ulterior ante este Supremo Tribunal.”

Por supuesto, esta afirmación, absolutamente errada, ignoraba, primero, que como en la misma sentencia lo afirmó antes, que el Texto Fundamental señala para el período constitucional “una oportunidad precisa para su comienzo y fin: el 10 de enero siguiente a las elecciones presidenciales, por una duración de seis años (artículo 230).” Y por supuesto, en esa fecha, en ningún caso se produce “vacío del Poder Ejecutivo” alguno pues al terminar en esa fecha 10 de enero el período del Presidente en ejercicio, el Presidente electo toma posesión de su cargo iniciando el nuevo período, y si por algún motivo sobrevenido no lo puede hacer, se debe encargar de la Presidencia el Presidente de la Asamblea Nacional.¹² No hay, en caso alguno, tal vacío, debiendo corresponder al Presidente encargado designar el nuevo tren ejecutivo de Vicepresidente y Ministros, estando por supuesto obligados los anteriores a permanecer en sus cargos hasta ser reemplazados en virtud precisamente del señalado principio de continuidad administrativa.

Luego pasó la Sala Constitucional a considerar la situación de hecho específica del Presidente Hugo Chávez, a pesar de que la sentencia interpretativa debía ser abstracta, notando,

“por si aún quedaran dudas, que en el caso del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, no se trata de un candidato que asume un cargo por vez primera, sino de un Jefe de Estado y de Gobierno *que no ha dejado de desempeñar sus funciones* y, como tal, *seguirá en el ejercicio de las mismas hasta tanto proceda a juramentarse* ante el Máximo Tribunal, en el supuesto de que no pudiese acudir al acto pautado para el 10 de enero de 2013 en la sede del Poder Legislativo.

De esta manera, a pesar de que el 10 de enero se inicia un nuevo período constitucional, la falta de juramentación en tal fecha no supone la pérdida de la condición del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, ni como Presidente en funciones, ni como candidato reelecto, en virtud de existir continuidad en el ejercicio del cargo.”

¹¹ Como lo expresó el profesor Ricardo Combellas en declaraciones a BBC Mundo: -Ese es un principio muy sano del derecho administrativo: que independientemente de los cambios en la dirección administrativa de los asuntos del estado, las funciones del gobierno continúan. Lo que está planteado es que ha terminado un período constitucional y que eso no es un supuesto de continuidad administrativa sino es un supuesto de renovación de los poderes públicos que tienen un plazo limitado en la Constitución.- En Carlos Chirinos, -El limbo de consecuencias impredecibles-, BBC Mundo, 11 de enero de 2013. En: http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/2013/01/130110_venezuela_constituyente_combellas_opinion_cch.shtml

¹² Es en este contexto que debe leerse lo reiterado por la misma Sala en la sentencia, -tal como señaló esta Sala en los antes referidos fallos números 457/2001 y 759/2001, que no debe confundirse -la iniciación del mandato del Presidente con la toma de posesión, términos que es necesario distinguir cabalmente-. Efectivamente, el nuevo período constitucional presidencial se inicia el 10 de enero de 2013, pero el constituyente previó la posibilidad de que -cualquier motivo sobrevenido- impida al Presidente la juramentación ante la Asamblea Nacional, para lo cual determina que en tal caso lo haría ante el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual necesariamente tiene que ser *a posteriori*.-

En estas afirmaciones, la Sala Constitucional dio certeza a determinados hechos (incurriendo en realidad en varios errores fácticos y jurídicos,) sin que hubiese desplegado actividad probatoria alguna:

En primer lugar, la Sala afirmó que el Presidente Chávez, en las circunstancias de su enfermedad e inhabilitación desde la operación quirúrgica efectuada en La Habana el 11 de diciembre de 2012, podía considerarse que era “un Jefe de Estado y de Gobierno que no ha dejado de desempeñar sus funciones.” Por supuesto que no había perdido la titularidad de su cargo, pues según se informaba no se había producido falta absoluta, pero al contrario de lo afirmado por la Sala, era un hecho notorio que desde el 11 de diciembre de 2012 el Presidente Chávez había estado postrado en una cama de hospital totalmente imposibilitado de ejercer sus funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, situación constitucional que se configuraba como de falta temporal por estar ausente del país. Para demostrar lo contrario, y afirmar en la sentencia, que durante esos días de diciembre 2012-enero 2013 el Presidente Chávez no había “dejado de desempeñar sus funciones” la Sala debió haber acreditado eso en autos, dejando probado que, desde La Habana, en un estado postoperatorio crítico, Chávez había continuado desempeñando efectivamente sus funciones, lo que era a todas luces, simplemente, imposible físicamente.

El mismo Presidente Chávez había previsto el 9 de diciembre de 2012 que su ausencia del país sería por un período de tiempo de más de 5 días y por ello él mismo solicitó la autorización correspondiente a la Asamblea Nacional para ausentarse del país (art. 235). Su falta temporal como Presidente encargado, en consecuencia, era un hecho notorio y evidente, que imponía la obligación en el Vicepresidente Ejecutivo de suplirla conforme a la Constitución, no siendo posible afirmar salvo probando con la certeza de los hechos en el expediente, que, durante su enfermedad y postración en La Habana, Chávez “no ha dejado de desempeñar sus funciones.”

Por otra parte, en esta materia de falta temporal, menos sentido y fundamento constitucional tenía la errada afirmación de la Sala Constitucional de que la solicitud de autorización a la Asamblea Nacional que pueda formular el Presidente para ausentarse del territorio nacional *por un lapso superior a cinco días*, se refiere “exclusivamente a la autorización para salir del territorio nacional, no para declarar formalmente la ausencia temporal en el cargo.” De nuevo, la Sala Constitucional ignoró la Constitución: las faltas temporales en el ejercicio de la Presidencia constituyen una cuestión de hecho, que no se declara. Si el Presidente en gira por el interior del país, sufre un accidente de tránsito que lo mantiene inconsciente y hospitalizado por un tiempo, sin duda, se origina una falta temporal que suple el Vicepresidente, así el Presidente no la haya “decretado” anunciando que iba a tener el accidente con sus consecuencias.

Por lo demás, toda ausencia del territorio nacional se configura como una falta temporal (en el sentido de que temporalmente el Presidente no está en ejercicio de sus funciones por imposibilidad física), por lo que no es más que un gran disparate la afirmación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia, en el sentido de que: “(ii) No debe considerarse que la ausencia del territorio de la República configure automáticamente una falta temporal en los términos del artículo 234 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que así lo dispusiere expresamente el Jefe de Estado mediante decreto especialmente redactado para tal fin.” Esto no tiene lógica y mucho menos sentido y asidero constitucional.¹³ No es serio afirmar que si un Presidente, por ejemplo, entra en un proceso comatoso por cualquier causa que se prolonga indefinidamente, ello no origina una falta temporal porque el Presidente no la previó anticipadamente ni la decretó, razón por la cual no surgiría la obligación del Vicepresidente de suplirla.

Pero además, también carece de toda base constitucional la afirmación infundada, realizada por la Sala Constitucional en la sentencia en el sentido de que “con posterioridad al 10 de enero de 2013, aún no compareciendo el Presidente Chávez a juramentarse y a tomar posesión de su cargo, “conserva su plena vigencia el permiso otorgado por la Asamblea Nacional, por razones de salud, para ausentarse del país por más de cinco (5) días,” lo cual no era cierto pues la autorización para ausentarse del país se le dio al

¹³ Sobre ello, el profesor Ricardo Combellas en declaraciones a BBC Mundo: -eso me parece un planteamiento absurdo, porque se le solicita al sujeto sobre el cual actúa la falta temporal que se pronuncie. Imagínese, no es el caso del presidente Chávez, sino de un presidente que esté incapacitado en una clínica recibiendo cuidado especial, incapaz de tomar voluntariamente una decisión. Entonces quedamos en un limbo jurídico si el presidente no se pronuncia. Poner ese requisito, que no establece la Constitución, me parece un exabrupto.- En Carlos Chirinos, -El limbo de consecuencias impredecibles-, BBC Mundo, 11-1-2013, en http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/2013/01/130110_venezuela_constituyente_combellas_opinion_cch.shtml

Presidente Chávez en funciones, cuyo período constitucional terminó el 10 de enero de 2013, razón por la cual la autorización sólo tenía efectos hasta la terminación del período constitucional en la cual se dio.¹⁴

Y más infundada fue la afirmación de la Sala Constitucional en la sentencia de que con motivo de la ausencia del Presidente Chávez del territorio nacional desde el 10 de diciembre de 2012, en la situación que resultó de la operación a la que fue sometido el 11 de diciembre de 2012 según informaron los voceros oficiales del gobierno, “no se configura la vacante temporal del mismo al no haber convocado expresamente al Vicepresidente Ejecutivo para que lo supla por imposibilidad o incapacidad de desempeñar sus funciones.” No causa sino asombro leer esta afirmación, ante normas tan precisas como las de los artículos 234 y 239.8 de la Constitución que prescriben, clara, pura y simplemente, que “las faltas temporales del Presidente serán suplidas por el Vicepresidente,” y que entre las atribuciones del Vicepresidente está la de “suplir las faltas temporales del Presidente,” lo cual opera automáticamente, resultado de una situación de hecho, sin que nadie lo decreta o lo decida, y sin que el Presidente deba “convocar al Vicepresidente” para que cumpla su obligación constitucional. Sin embargo, como es sabido y lo apuntó el profesor Manuel Rachadell, lo que ha ocurrido en los últimos tiempos en Venezuela es que el Vicepresidente no ha estado cumpliendo con su obligación constitucional de suplir las frecuentes ausencias temporales del Presidente, limitándose:

“a ejecutar acciones en el estrecho ámbito de la delegación que le hizo el Presidente, dada la ficción de que Chávez no ha incurrido en falta temporal ni absoluta. De esta forma, Chávez sigue siendo, para el oficialismo, el Presidente en funciones, aún cuando se encuentre sumido, frecuente o esporádicamente (no se sabe), en períodos de inconsciencia por anestesia o por otros motivos. Durante esos períodos, Venezuela no tiene Presidente.”¹⁵

La segunda observación que debe formularse a lo afirmado en la sentencia de la Sala Constitucional, y que causa mayor asombro, por la absoluta y total carencia de pruebas que la sustenten, es la aseveración de que el Presidente Hugo Chávez, una vez que concluyó su mandato presidencial del período constitucional 2007-2013 el 10 de enero de 2013, sin embargo, como jefe de Estado y de Gobierno “seguirá en el ejercicio de las mismas hasta tanto proceda a juramentarse ante el Máximo Tribunal, en el supuesto de que no pudiese acudir al acto pautado para el 10 de enero de 2013 en la sede del Poder Legislativo.”

Primero, para hacer esta afirmación, de que el Presidente Chávez “seguirá en el ejercicio” de sus funciones “hasta tanto proceda a juramentarse ante el Máximo Tribunal,” lo que se exigía de la Sala era que desplegará una labor probatoria sobre el estado de salud del Presidente para poder determinar precisamente si se presentaría efectivamente a juramentarse ante el Tribunal Supremo. Lo más elemental era que la Sala Constitucional determinara, por ejemplo, mediante una Junta Médica, el verdadero estado de salud del Presidente en el proceso de recuperación de su salud. Alguna prueba debía tener y constar en el expediente sobre esa situación de salud del Presidente, y si la misma efectiva y médicamente podía recuperarse. No se olvide, por ejemplo, que el primer Ministro Ariel Sharon de Israel, en pleno ejercicio de su cargo, en 2006 sufrió un derrame cerebral, habiendo entrado en un estado comatoso en el cual ha permanecido por siete años.¹⁶ En su momento, sin embargo, dado las pruebas de su estado de salud, hubo de considerarlo separado de su cargo, habiéndose sucedido en Israel varios gobiernos distintos. Hubiera sido una aberración constitucional dejar un “encargado” del gobierno de dicho Primer Ministro, por tiempo indefinido, hasta esperar su recuperación. A la Sala Constitucional de Venezuela, sin embargo, no le interesó probar nada sobre la salud del Presidente y resolvió que aún estando fuera del territorio nacional, y de su enfermedad, sin probar nada, seguiría en ejercicio de sus funciones para el período constitucional ya concluido, y para el que se iniciaba sería juramentado cuando concurriera ante el Tribunal Supremo, sin saber ni determinar si ello era factible médicamente.

¹⁴ Como lo ha hincado el profesor Manuel Rachadell, -Chávez tiene el permiso de la Asamblea Nacional, otorgado por unanimidad del 9 de diciembre pasado, para ausentarse del país -por un lapso superior a los cinco días consecutivos- (art. 235), el cual mantiene su vigencia hasta el vencimiento del período constitucional el 10 de enero próximo, porque la Asamblea Nacional no puede dar permisos para el período siguiente. Llegados a esta fecha, si el Presidente electo no toma posesión del cargo, la Asamblea Nacional no tiene competencia para darle permiso ni prórroga para la juramentación de cumplir la Constitución.- Véase Manuel Rachadell, -Tres observaciones a la carta de Maduro sobre la imposibilidad de juramentarse el Presidente electo ante la Asamblea Nacional.- 9-1-2013, en: <http://t.co/Sd5R2EwX>

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ El 27 de enero de 2013 incluso se informó a la prensa, que a pesar de su estado comatoso había tenido -signos significantes de alguna actividad.- Véase en BBC News, 27 January 2013 en <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-21225929>

En los hechos que se sucedieron en enero de 2013, es evidente que al no presentarse el Presidente Chávez electo o reelecto, al concluir su período constitucional 2007-2013, ante la Asamblea Nacional el día 10 de enero de 2013 en el acto de la toma de posesión y juramentación de su cargo, simplemente, a pesar de que ineludiblemente el período constitucional 2013-2019 comenzó en esa fecha, el Presidente electo no podía comenzar a ejercer la presidencia para ese período constitucional 2013-2019 al no entrar en ejercicio del cargo, lo que le impedía poder cumplir sus funciones. Sus funciones del período 2007-2013, por tanto, concluyeron el 10 de enero, por lo que era una imposibilidad constitucional que a partir del 10 de enero de 2013, si no se juramentaba para el próximo período, pudiera seguir “en el ejercicio de las mismas;” pues como no se juramentó el 10 de enero ante la Asamblea no pudo asumir el ejercicio del cargo de Presidente para el período 2013-2019.¹⁷ En consecuencia, fue un gran disparate y no tiene asidero constitucional alguno la afirmación de la Sala Constitucional de que:

“(iv) A pesar de que el 10 de enero próximo se inicia un nuevo período constitucional, no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo.”

Al contrario, precisamente porque el 10 de enero de 2013 se iniciaba un nuevo período constitucional, era absolutamente necesaria una nueva toma de posesión del Presidente Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de que el período constitucional 2007-2013 había terminado, y de que el ejercicio del cargo para el período 2013-2019 no se podía iniciar sin tal juramento, produciéndose en ese caso, inevitablemente, una real y efectiva interrupción en el ejercicio del cargo.¹⁸ La Sala Constitucional al hacer la indicada afirmación infundada, contradijo lo expresado en su propia sentencia en el sentido de que el juramento previsto en el artículo 231 de la Constitución, “no puede ser entendido como una mera formalidad carente de sustrato y, por tanto, prescindible sin mayor consideración,” sino que más bien se trata de una “solemnidad para el ejercicio de las delicadas funciones públicas” con “amplio arraigo en nuestra historia republicana,” que “procura la ratificación, frente a una autoridad constituida y de manera pública, del compromiso de velar por el recto acatamiento de la ley, en el cumplimiento de los deberes de los que ha sido investida una determinada persona.” Ese juramento debe hacerse ante la Asamblea Nacional que está compuesta por los representantes del pueblo, y con ello, el pueblo puede tomar conocimiento de quién es el que va a gobernarlo. Es una especie de acto constitutivo de “fe de vida” del Presidente, de su propia existencia física, y de su capacidad para gobernar, realizado ante los representantes del pueblo. Y ello no puede eliminarse porque el electo haya sido reelecto, y menos aún cuando había permanecido ausente del país durante un mes, sin que la nación tuviera conocimiento claro de su estado.

Después de todas las anteriores comentadas “consideraciones para decidir,” sin actividad probatoria alguna, ni siquiera efectuada de oficio, la Sala Constitucional puntualizó lo que debió ser el objeto de la interpretación solicitada, en el sentido de que “la Constitución establece un término para la juramentación ante la Asamblea Nacional, pero no estatuye consecuencia para el caso de que por “*motivo sobrevenido*” no pueda cumplirse con ella de manera oportuna y, por el contrario, admite expresamente esa posibilidad, señalando que pueda efectuarse la juramentación ante el Tribunal Supremo de Justicia;” resumen que implicaba, precisamente, pasar a determinar cuál era la realidad fáctica de la enfermedad y del estado de salud del Presidente de la República Hugo Chávez, y cuál era la posibilidad médica real, fáctica, de que pudiera

¹⁷ Como también lo ha indicado Manuel Rachadell, -La interpretación que le ha dado la fracción gubernamental en la Asamblea Nacional de que Chávez sigue siendo Presidente en ejercicio, cuya ausencia del acto de juramentación no tendría ninguna incidencia porque es una simple formalidad, que no es necesario que el Presidente de la Asamblea Nacional se juramente para cubrir la ausencia (que ni es temporal ni absoluta) del Presidente, porque tal función la ejerce, parcialmente, el Vicepresidente Ejecutivo de la República, carece de toda fundamentación en la Ley Suprema. No hay continuidad administrativa al concluir el período constitucional y comenzar el otro, ni siquiera en el supuesto de la reelección, y el nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo caduca, como el del Presidente que lo ha designado, al vencimiento del período constitucional, el 10 de enero próximo-. *Idem*.

¹⁸ Por ello, el profesor Román José Duque Corredor considera esta afirmación -falsa de toda falsedad- agregando que -La reelección no es un mecanismo del ejercicio del cargo o para el ejercicio del cargo, sino un derecho del funcionario que ejerce un cargo electivo de poderse postular como candidato para un nuevo período para ese cargo y no de continuar en el mismo cargo. De modo que, por tratarse de una nueva elección, si existe interrupción en su ejercicio. Si no fuera así, entonces, se trataría de un plebiscito y no de una elección, que es lo que parece piensan los Magistrados de la referida Sala que ha ocurrido con el candidato Hugo Chávez que se postuló para las elecciones del 7 de octubre de 2010 para ser Presidente para el nuevo período 2013-2019.- Véase Román José Duque Corredor, Observaciones a la sentencia de la Sala Constitucional de 9 de enero de 2013. Véase en http://www.uma.edu.ve/interna/424/0/novedades_del_derecho_publico

recuperar plenamente su salud para poder ejercer el cargo para el cual había sido electo; y en esa situación, determinar entonces quien debía encargarse de la Presidencia de la República mientras el Presidente electo por las causas sobrevenidas alegadas procedía, si ello hubiera sido factible conforme a las pruebas médicas, a tomar posesión del cargo.

La Sala Constitucional, sin embargo, en lugar de cumplir su función interpretativa de la segunda parte de la norma del artículo 231 de la Constitución, y de realizar actividad probatoria alguna conforme estaba obligada, se limitó a reafirmar lo que la propia norma constitucional dispone en el sentido de que la juramentación del Presidente reelecto podía ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poderse realizar dicho día ante la Asamblea Nacional, por supuesto, siempre que ello fuera factible; agregando sólo su apreciación de que le corresponde al propio Tribunal fijar dicho acto “una vez que exista constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hayan impedido la juramentación.” Es decir, en lugar de desplegar una actividad probatoria precisamente para decidir, constatando la salud del Presidente y las posibilidades de su recuperación, la Sala decidió, sin pruebas, imponiendo un gobierno no electo democráticamente, dejando para el futuro, solo el que se pudiera probar que los motivos que impidieron la juramentación habrían cesado. Ninguna posibilidad dejó abierta la Sala que pudiera llegar a probarse que el Presidente electo y ausente no podía en realidad llegar a juramentarse, y ejercer el cargo para el cual había sido electo, por razón de su salud.

De lo anterior, sin resolver la consecuencia jurídica derivada del hecho de que por un “motivo sobrevenido” el Presidente electo no pudo tomar posesión del cargo con su juramentación ante la Asamblea Nacional el día fijado constitucionalmente, la Sala concluyó su sentencia, afirmando como por arte de magia, sin que las “consideraciones para decidir” en realidad fundamentaran y condujeran a ello, que:

“(vi) En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno queda *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa.”

Sobre esto, que es en definitiva la parte resolutoria de la sentencia, con lo que se pretendió legitimar una usurpación de autoridad,¹⁹ deben formularse las siguientes observaciones:

Primero, es una apreciación errada y sin fundamento de la Sala Constitucional expresar la hipótesis de que “se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté)” pero sin decir quién lo consideraba, que “ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, [...] que el gobierno queda *ipso facto* inexistente.” Esa hipótesis que nadie le planteó pues no hubo debate alguno en el proceso, la verdad es que no tenía posibilidad de ocurrencia. Si un Presidente electo por un motivo sobrevenido no puede prestar su juramento ante la Asamblea Nacional, e, incluso, tampoco ante el Tribunal Supremo, el hecho de que el período constitucional anterior concluya no implica “que el gobierno queda *ipso facto* inexistente.”

Esta no es más que una lucubración llevada al absurdo que no tiene asidero alguno en el derecho constitucional, salvo en la visión distorsionada de la Sala Constitucional, al negarse a interpretar la norma constitucional que se le solicitó, y que precisamente era con el objeto de determinar, como el gobierno no puede dejar de existir, quién en esa situación se encargaba de la Presidencia de la República. Así como el Presidente de la Asamblea Nacional se debe encargar de la Presidencia en caso de falta absoluta del Presidente electo “antes de la toma de posesión” de su cargo, con la misma lógica de que ejerza interinamente la Presidencia un ciudadano con legitimidad democrática electiva, en caso de que por motivo sobrevenido el Presidente electo no pueda tomar posesión de su cargo y juramentarse, quien debe encargarse de la Presidencia para iniciar el nuevo período constitucional, mientras aquél se juramenta, es el Presidente de la

¹⁹ Con razón la diputada María Corina Machado expresó el 11 de enero de 2013: -que el acto que vimos ayer no tiene precedentes. Dijo que Venezuela amaneció con un gobierno usurpado y el Vicepresidente, los ministros y la Procuradora General pretenden seguir ejerciendo sus cargos. -Todos los cargos de gobierno cesaron el pasado jueves y ante esa pretensión, todos sus actos son nulos, como lo establece el artículo 138 de la Constitución-, recalcó. Reiteró que Diosdado Cabello ha violado su juramento, porque debió llamar a la sesión solemne de toma de posesión del nuevo período presidencial y agregó que -no reconocemos a Maduro como Vicepresidente, porque hay una situación de ilegitimidad profunda-. Aseguró que en Venezuela no existe separación de poderes, -tenemos un TSJ sumiso, nuestra soberanía está siendo pisoteada-. Véase reseña de Programa Primera página de Globovisión, 11-1-2013, en <http://www.lapatilla.com/site/2013/01/11/maria-corina-nuestra-soberania-esta-siendo-pisoteada/>

Asamblea Nacional.²⁰ Y siempre, en este caso, con pruebas por delante de la naturaleza del hecho sobrevenido y poder así determinarse si tal juramento podría tener o no lugar.

Segundo, luego de la errada apreciación anterior, y sin resolver el tema central de la interpretación constitucional solicitada en la situación de no comparecencia del Presidente Chávez el 10 de enero de 2013 a tomar posesión de su cargo, sobre quién en ese caso se debía encargar de la Presidencia de la República a partir de esa fecha, la Sala se limitó a afirmar que pura y simplemente que:

“En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa,” y sin mayor argumentación.

En cuanto al “Presidente,” lo que era una referencia sin duda al Presidente H. Chávez, ello no sólo era inconstitucional porque el mismo no se podía juramentar para tomar posesión de su cargo y entrar en ejercicio de sus funciones para el nuevo período constitucional, pues como se había informado oficialmente, y ese era el único hecho notorio que no requería prueba, estaba totalmente ausente del país desde hacía un mes, en un estado postoperatorio que presentaba un cuadro de salud que sin duda lo imposibilitaba e inhabilitaba totalmente, no sólo para comparecer ante la Asamblea Nacional sino para ejercer el cargo y las funciones inherentes al mismo. Respecto del Presidente de la República H. Chávez, no tenía sentido alguno invocar el principio de continuidad administrativa, pues como Jefe del Estado y del Gobierno, lo que le correspondía prioritariamente era dirigir la acción de gobierno (art. 226), y para ello estaba inhabilitado de hacerlo.

Se insiste, en cuanto al Presidente de la República Chávez quién continuaba, según la Sala, “ejerciendo cabalmente sus funciones,” ello no pasaba de ser un buen deseo o un buen pensamiento, pues por las informaciones oficiales suministradas desde el gobierno, desde el 11 de diciembre de 2012 el Presidente no sólo estaba ausente del territorio nacional, sino que desde donde permanecía, estaba totalmente incapacitado para gobernar.²¹ De manera que no era cierto, como lo afirmó la Sala Constitucional, que el Poder Ejecutivo estaba conducido por el Presidente de la República, ni que éste pudiera ejercer su cargo, y menos “continuar” ejerciéndolo en forma alguna. En el cuadro de gravedad del Presidente, en realidad, a esa fecha, lo único que se sabía como signo de su condición era que en algún momento había “apretado” la mano del Vicepresidente de la República, según información suministrada por él mismo.²² Al contrario de lo que afirmó la Sala, había una evidente falta efectiva del Presidente de la República del país y del ejercicio del cargo para el cual había sido electo.

Para decretar judicialmente, a pesar de su ausencia del territorio nacional y del mencionado cuadro de salud, que sin embargo el Presidente enfermo y ausente “seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones” lo

²⁰ El profesor Román José Duque Corredor expuso sobre la errada conclusión de la sentencia su apreciación de que: -La continuidad de los poderes públicos no se afecta, ni tampoco el gobierno queda *ipso facto* inexistente, cuando de pleno derecho se establece un régimen transitorio precisamente para el caso que los funcionarios que deban ejercer sus funciones no lo puedan hacer, como ocurre cuando por su falta absoluta el candidato electo o reelecto Presidente no pueda asumir su cargo en la fecha programada, en cuyo caso el gobierno sigue existiendo en forma transitoria pero en manos del Presidente de la Asamblea Nacional. Y precisamente para garantizar la voluntad popular, ante la falta absoluta del candidato electo o reelecto para el inicio del nuevo período, la Constitución prevé que se realicen nuevas elecciones y que la Presidencia, transitoriamente hasta la nueva elección, la ejerza un funcionario elegido mediante sufragio directo y universal y no el Vicepresidente que no fue elegido ni designado para el nuevo período. Así como si dicha falta ocurre después del inicio del período y con posterioridad a la toma de posesión, el gobierno lo ejerza el Vicepresidente que si fue designado por el Presidente electo, que tomo posesión del cargo, pero que dejó su cargo por alguna falta absoluta, y ello solo mientras se llevan a cabo nuevas elecciones para que la voluntad popular se pueda manifestar.- Véase Román José Duque Corredor, Observaciones a la sentencia de la Sala Constitucional de 9 de enero de 2013. Véase en http://www.uma.edu.ve/interna/424/0/novedades_del_derecho_publico

²¹ El 13 de enero de 2013, el Ministro de Información Villegas, informaba: -El presidente de Venezuela, Hugo Chávez, evoluciona favorablemente de la cirugía a la que fue sometido el pasado 11 de diciembre, aunque aún necesita -medidas específicas- para la solución de la -insuficiencia respiratoria- que se le originó como consecuencia de una infección. -A pesar de su delicado estado de salud después de la compleja intervención quirúrgica del 11 de diciembre pasado en los últimos días la evolución clínica general ha sido favorable-, véase en <http://www.lapatilla.com/site/2013/01/13/villegas-en-minutos-comunicado-oficial-sobre-salud-de-chavez/>

²² -Maduro: -Chávez me apretó la mano con una fuerza gigantesca,- indicando que -En uno de los saludos lo saludé (a Chávez) con la mano izquierda y me apretó con una fuerza gigantesca mientras hablábamos-, comentó Maduro durante una entrevista exclusiva que ofreció al canal interestatal Telesur desde Cuba, donde se encuentra desde el pasado 29 de diciembre acompañando al gobernante y a sus familiares.- Véase en Larazón.com, 2 de enero de 2013, en http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/554672/maduro-chavez-me-apreto-la-mano-con-una-fuerza

menos que debía haber requerido la Sala Constitucional, era la prueba cabal y cierta de ese estado de salud y de las posibilidades de recuperación de la salud para poder ejercer cabalmente las funciones de la Presidencia. Pero nada de ello ordenó la Sala; es decir, decidió sin pruebas, y, es más, en contra de “hechos” que eran más que “notorios.”

Lo resuelto por la Sala Constitucional, por tanto, estando el “Presidente” de hecho impedido de ejercer cabalmente sus funciones, lo que en realidad significó fue la decisión que sus Magistrados adoptaron de poner el gobierno de Venezuela para el inicio del período constitucional 2013-2019, en manos de funcionarios que no habían sido electos popularmente, contrariando el principio democrático, como eran los otros mencionados en la sentencia: “el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración” indicando que seguirían “ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa.” En este caso, sin embargo, no es que con fundamento en el principio de la continuidad administrativa la Sala Constitucional hubiera resuelto que mientras el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración eran *reemplazados en sus cargos*, estaban en la obligación de ejercer sus funciones; sino que lo que resolvió la Sala Constitucional violando la Constitución y el derecho ciudadano a la democracia, que en el nuevo período constitucional 2013-2019 que se inició el 10 de enero de 2013, sin Presidente en ejercicio por estar éste confinado a una cama de hospital en La Habana con graves problemas de salud, el gobierno de la República comenzó a estar a cargo de funcionarios no electos, que no tenían legitimidad democrática, como son el Vicepresidente y los Ministros quienes habían sido nombrados en el período constitucional anterior, sin término alguno, es decir, *sine die*, y hasta cuando el propio Tribunal Supremo fijase la oportunidad de que el Presidente electo enfermo se juramentase ante el mismo.

Ni más ni menos, la Sala Constitucional lo que produjo con esta decisión fue un golpe contra la Constitución,²³ que en este caso fue dado por el Juez Constitucional, el cual precisamente estaba llamado a defenderla en su supremacía e integridad, vulnerando en cambio el derecho de los ciudadanos a ser gobernados por gobernantes electos.

La decisión de la Sala Constitucional, por otra parte, no resolvía el problema de gobernabilidad democrática de la República, que era lo que la Sala Constitucional estaba en la obligación de garantizar con su interpretación. El Vicepresidente Ejecutivo entonces en funciones, Nicolás Maduro, a quien conforme a lo decidido en la misma sentencia se dejaba de hecho conduciendo la acción de gobierno, sin embargo, supuestamente aún en ausencia del Presidente del territorio nacional, no está supliendo la “falta temporal” del Presidente Chávez pues éste según la Sala ni la había decretado ni la había invocado, de manera que supuestamente sólo podría actuar como Vicepresidente Ejecutivo, con las atribuciones que tiene en la Constitución (art. 239) y las que el Presidente Chávez le delegó mediante Decreto N° 9315 de 9 de diciembre de 2012,²⁴ de contenido absolutamente limitativo.

Además, debe advertirse que dicho Decreto de delegación de diciembre de 2012, al considerar que el Vicepresidente Ejecutivo Maduro no suplía automáticamente la falta temporal del Presidente delegante (de lo contrario la delegación era innecesaria), impuso que todos los actos que dictase el Vicepresidente distintos a los expresamente delegados en los 8 primeros numerales del artículo 1° del Decreto referidos a temas de finanzas públicas, para poder ser dictados debían ser sometidos “a consulta previa al Presidente” y a su aprobación en Consejo de Ministros, lo que de nuevo planteaba un cuadro de imposibilidad en su ejecución por la situación de salud del Presidente. Por otra parte, era evidente que el mencionado decreto de delegación cesó en sus efectos, por caducar, a partir del 10 de enero de 2013, al terminar el período constitucional para el cual fue dictado. Sin embargo, y asumiendo que con la decisión de la Sala Constitucional el mismo también había sido “prorrogado” en sus efectos, el resultado de todo lo anterior, era que al no estar el Vicepresidente supliendo la “falta temporal” del Presidente, por no haberlo así resuelto el Presidente y haberlo decidido así el propio Tribunal Supremo, en ausencia del primero, el Vicepresidente Ejecutivo comenzaba a conducir el Poder Ejecutivo con facultades muy limitadas, entre las cuales no estaban las enumeradas en el artículo 236 de la Constitución asignadas al Presidente de la República.

El resultado de todo esto fue que a partir del 10 de enero de 2013, por voluntad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Venezuela comenzó a gobernar un funcionario que según la propia

²³ También puede calificarse la situación como golpe de Estado, pues, en definitiva, todo golpe contra la Constitución es un golpe de Estado. Véase Claudio J. Sandoval, ¿Golpe de Estado en Venezuela?, en *El Universal*, Caracas 10 de enero de 2013, en <http://www.eluniversal.com/opinion/130110/oeca-golpe-de-estado-en-venezuela>

²⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.078 del 26 de diciembre de 2012

sentencia no estaba supliendo la ausencia del Presidente de la República electo y enfermo; funcionario que entonces sólo podía ejercer sus atribuciones establecidas en la Constitución (art. 239) y las enumeradas en el decreto de delegación de diciembre de 2013,²⁵ y quién no podía ejercer las atribuciones que sólo un Presidente en ejercicio podría ejercer. Ello implicaba, por ejemplo, que a partir del 10 de enero de 2013, no podía nombrar y remover los Ministros;²⁶ no podía dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales; no podía dirigir la Fuerza Armada Nacional ni podía tener el carácter de Comandante en Jefe de la misma, no pudiendo ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente; no podía ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos; no podía declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución; no podía convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias; no podía reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón; no podía negociar los empréstitos nacionales; no podía celebrar los contratos de interés nacional conforme a la Constitución y la ley; no podía designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador General de la República y a los jefes o jefas de las misiones diplomáticas permanentes; no podía formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional; no podía conceder indultos; no podía fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, o la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica; no podía disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en la Constitución; ni podía convocar referendos; ni podrá convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.²⁷

A esta absurda ingobernabilidad era a lo que conocía la sentencia de la Sala Constitucional; a raíz de la cual, por su insostenibilidad jurídica, el gobierno comenzó incluso a perseguir a quienes argumentaran o informaran sobre la interpretación que debía darse a las normas constitucionales y sobre la inconstitucional decisión del Tribunal Supremo y sus efectos;²⁸ de manera que hasta los estudiantes universitarios que comenzaron a protestar contra la sentencia de la Sala Constitucional, fueron por ello amenazados con cárcel.²⁹

²⁵ Ello no impidió por ejemplo que el Vicepresidente, en virtud de la -continuidad administrativa- decretada por la Sala Constitucional, procediera a designar mediante Decreto N° 9350 de 11 de enero de 2013, -por delegación del Presidente-, a un -Vicepresidente Encargado- para suplir su ausencia del territorio nacional para viajar a Cuba. Véase Decreto N° 9.350, de fecha 11 de enero de 2013 en *Gaceta Oficial* N° 40.088, de fecha 11 de enero de 2013

²⁶ Por ello se recurrió a la ficción de publicar el 18 de enero de 2013 dos decretos con la firma del Presidente -dada en Caracas- cuando ello era falso pues estaba en La Habana, recuperándose, según informó el día anterior 17 de enero de 2013 el propio Vicepresidente Maduro de los -estrágos- de unas complicaciones postoperatorias (Véase Entrevista a Nicolás Maduro, -Tratamiento del presidente Chávez es para superar -estrágos- de infección respiratoria-, *Globovisión* 17 de enero de 2013, en <http://globovision.com/articulo/maduro-ahora-tratamiento-de-chavez-es-para-superar-estrágos-de-insuficiencia-respiratoria>), como fue el caso del Decreto N° 9.351 de 15 de enero de 2013 publicado en *Gaceta Oficial* N° 40.090 de la misma fecha, en el cual el mismo Presidente Hugo Chávez nombró a -Eliás Jaua Milano, como Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores;- y el Decreto N° 9.352, de la misma fecha, mediante el cual el mismo Presidente Hugo Chávez nombró a l mismo Eliás Jaua Milano, Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, como -Sexto Vicepresidente del Consejo de Ministros Revolucionarios del Gobierno Bolivariano para el Área Política.-

²⁷ Véase sobre esta situación, Manuel Rachadell, -Continuidad de la presidencia compartida o un país presidencialista sin Presidente,- Caracas, 10 de enero de 2013, en <http://manuelrachadell.blogspot.com>.

²⁸ El 9 de enero de 2013, el consultor jurídico de Globovisión, Ricardo Antela, explicó sobre el nuevo procedimiento administrativo sancionatorio abierto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) contra la estación de TV, -por la difusión de cuatro micros informativos sobre el articulado de la Constitución-, que a juicio del ente regulador, -incitan al odio, la zozobra y la alteración del orden público-, prohibiendo de entrada -a la televisora retransmitir dichos mensajes o algunos similares.- En horas de la tarde de ese mismo día el -presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello; y el ministro Rafael Ramírez, habían sugerido al ente regulador -iniciar una investigación contra el canal por difundir el artículo 231 de la Constitución.- Véase la información en <http://globovision.com/articulo/conatel-notifica-a-globovision-de-nuevo-procedimiento-administrativo-sancionatorio>

²⁹ El Gobernador del Estado Táchira, José Gregorio Vielma Mora, afirmó a la prensa -que los estudiantes de las universidades Católica y de Los Andes de esa entidad, que manifestaron en contra del fallo del Tribunal Supremo de Justicia, estaban ebrios y otros consumieron drogas para -valentonarse en contra de la autoridad.- -Son delincuentes-, aseveró. Advirtió al rector académico de la ULA, Omar Pérez Díaz y demás profesores, que irá a la Fiscalía a denunciarlos. -No mienta (Pérez Díaz), usted está promoviendo la violencia en Táchira. Les están pagando desde el extranjero. -Tienen armamento y municiones dentro de la universidad-, acusó. De seguir protestando -van a ser tratados como bandas criminales e irán a la cárcel de Santa Ana-. Véase en <http://m.notitarde.com/nota.aspx?id=159398>

El tema central y patético en este caso, sin embargo, es que con la sentencia N° 2 de 9 de enero de 2013, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a partir del 10 de enero de 2013 instaló en Venezuela un gobierno no electo, sin término, sujetando sólo su duración hasta cuando la propia Sala Constitucional lo dispusiera fijando una fecha para tomar juramento del Presidente de la República electo, y no posesionado de su cargo, para comenzar a ejercerlo, a pesar de que por razón del principio de la continuidad administrativa hubiera afirmado que el mismo Presidente supuestamente continuaba “en el ejercicio cabal de su cargo.”

Esa tan importante y trascendental decisión para la vida democrática de un país, además, y, sin embargo, lo adoptó el juez constitucional sin que en el expediente constara prueba alguna sobre el estado de salud del Presidente electo y no posesionado, y sobre las posibilidades de su recuperación. Ante esta sentencia, por tanto, adquiere todo su valor el principio de que en los procesos constitucionales se precisa ineludiblemente de la prueba cuando sea necesario sustentar la verdad de algo para aplicar determinada consecuencia jurídica³⁰ y eso es lo que precisamente debe ocurrir en los procesos de interpretación abstracta de la Constitución cuando haya hechos que probar, de manera que el juez constitucional pueda decidir conforme a lo probado en autos, estándole vedado decidir sin que los hechos involucrados hayan sido probados. Lo contrario es arbitrariedad, que es precisamente lo que ocurrió con la sentencia N° 2 de 9 de enero de 2013; y, además, con la sentencia N° 141 de 8 de marzo de 2013.

Por ello puede decirse que la arbitraria conducta del Juez Constitucional en esta materia, en Venezuela, no terminó en enero de 2013, sino que su actuación contraria a la Constitución la completó dos meses después, una vez que se anunció oficialmente el fallecimiento del Presidente de la República el 5 de marzo de 2013, después de que supuestamente había sido trasladado el 18 de febrero de 2013,³¹ de una cama de hospital en La Habana a una cama de hospital en Caracas, sin haber sido visto nunca más públicamente desde el 10 de diciembre de 2012.

Dos días antes del anunciado regreso a Caracas, en todo caso, en relación con el tema de la salud del Presidente Chávez, se había anunciado oficialmente que, debido a una traqueotomía, el mismo “respiraba por una cánula traqueal,” lo que le impedía hablar.³²

³⁰ Ana Giacometto, *La prueba en los procesos constitucionales*, Bogotá 2009.

³¹ Véase la reseña en *El Universal*, Caracas 18-2-2013, -Chávez vuelve a Venezuela. El presidente de Venezuela, Hugo Chávez, regresó a Caracas procedente de La Habana, más de dos meses después de que viajara a Cuba para someterse a la cuarta operación de un cáncer que le fue diagnosticado en junio de 2011, y se encuentra en el hospital militar de Caracas,- en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/salud-presidencial/130218/chavez-vuelve-a-venezuela>. A través de la cuenta Twister @chavezandanga, el Presidente habría mandado un mensaje a las 2.30 de la madrugada con el siguiente texto: -Hemos llegado de nuevo a la Patria venezolana. ¡¡Gracias Dios mío!! Gracias ¡¡Pueblo amado!! Aquí continuaremos el tratamiento.-

³² El Ministro de Comunicación e Información, Ernesto Villegas, informó ese día en cadena de radio y televisión que al Presidente le persistía -un cierto grado de insuficiencia- y -presenta respiración a través de cánula traqueal que le dificulta temporalmente el habla,- sometido a un -tratamiento enérgico para la enfermedad de base, que no está exento de complicaciones,- oportunidad en la cual se publicitó una fotografía que se dijo era de 14 de febrero de 2013 del Presidente con sus hijas, que sin embargo, no mostraban en forma alguna lo que se anunciaba, ni por la vestimenta de los que posaron en la fotografía ni por la asepsia que una situación como la escrita requería. Continuó el Ministro informando que -después de dos meses de un complicado proceso postoperatorio, el paciente se mantiene consciente, con integridad de las funciones intelectuales, en estrecha comunicación con su equipo de gobierno y al frente de las tareas fundamentales inherentes a su cargo.- Sin embargo, el Ministro de Ciencia y tecnología Arreaza, informaba en el canal multistatal Telesur, que Chávez -tiene dificultad para comunicarse verbalmente (...) Uno lo que tiene es que poner atención y él comunica perfectamente sus decisiones, cuando no las escribe (...) Pero perfectamente se comunica y se da a entender. No tiene la voz que lo caracteriza, pero esto es un proceso que es reversible y esperamos volverlo a escuchar.- Véase la reseña de María Lilibeth Da Corte, -Chávez respira por cánula traqueal que le dificulta hablar. Arreaza: Él comunica perfectamente sus decisiones, cuando no las escribe,- en *El Universal*, Caracas 16-2-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130216/chavez-respira-por-canula-traqueal-que-le-dificulta-hablar> Véase igualmente en <http://globovision.com/articulo/ministro-villegas-en-breve-comunicado-y-fotografias-del-presidente-chavez>

Ello no impidió, sin embargo, que unas semanas antes el Ministro de Relaciones Exteriores Elías Jaua, nombrado “en Caracas” por el Presidente electo, cuando estaba sin embargo ausente del país y no había tomado posesión de su cargo, luego de un viaje a La Habana, hubiera afirmado el 22 de enero de 2013, a su regreso a Caracas, que había “conversado con Chávez en La Habana;”³³ ni que a principios del mes de marzo de 2013, otros voceros oficiales del gobierno, en particular el Vicepresidente Ejecutivo y otros Ministros, hubieran llegado a anunciar al país que habían estado con el Presidente Hugo Chávez Frías en una supuesta reunión de gabinete de nada menos que de cinco horas durante la noche el día 23 de febrero.³⁴

El día 4 de marzo de 2013, sin embargo, el Ministro de Comunicaciones anunciaba al país que Chávez había tenido “un empeoramiento de la función respiratoria relacionado con el estado de inmunodepresión propio de su situación clínica,” presentando “una nueva y severa infección” siendo su estado de salud “muy delicado,”³⁵ lo que presagiaba ya un desenlace final. Y ello fue confirmado el día 5 de marzo 2013 en horas de mediodía en una extraña y sombría rueda de prensa o reunión de gabinete presidida por el Vicepresidente Ejecutivo Nicolás Maduro, convocada “luego de que se informara oficialmente de un deterioro en la salud del presidente Hugo Chávez”³⁶ anunciándose ya, sin anunciarlo, lo que evidentemente había ocurrido o estaba ocurriendo, y que era el fallecimiento del Presidente Chávez.

De allí, luego de los diversos anuncios contradictorios sobre el agravamiento de la salud del Presidente, lo que siguió fue el anuncio formal del hecho del fallecimiento unas pocas horas después, en exposiciones separadas y televisadas del Vicepresidente Nicolás Maduro,³⁷ del Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello³⁸ y del Ministro de la Defensa, general Diego Molero Bellavía.³⁹ Sobre ello, tal y como se afirmó en la sentencia N° 141 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “el 5 de marzo de 2013, el Vicepresidente Ejecutivo ciudadano Nicolás Maduro Moros anunció, desde la sede del Hospital Militar de Caracas ‘Dr. Carlos Arvelo,’ el lamentable fallecimiento del Presidente de la República ciudadano Hugo Chávez Frías”⁴⁰; hecho que ocurrió, según dicho anuncio, a las 4.25 pm.,⁴¹ sesenta años después del fallecimiento de Joseph Stalin, hecho éste último que ocurrió el día 5 de marzo de 1953. Nótese que la Sala Constitucional no afirmó que en esa fecha indicada había ocurrido el fallecimiento, pues no tenía pruebas de ello, y sólo se basó en el anuncio hecho por el Vicepresidente, sin prueba alguna.

³³ Véase la reseña de Ender Ramírez Padrino, -Jaua informó que se reunió con el presidente en La Habana,- *El Nacional*, 21 de enero de 2013, en http://www.el-nacional.com/politica/Jaua-asegura-converso-Chavez-Habana_0_122390427.html

³⁴ Véase -Maduro asegura que se reunió con Chávez por más de cinco horas,- en *El Universal*, 23 de febrero de 2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/salud-presidencial/130223/maduro-asegura-que-se-reunio-con-chavez-por-mas-de-cinco-horas>; y En -Maduro: Chávez continúa con cánula traqueal y usa distintas vías de entendimiento,- Publicado por caracas en Febrero 23, 2013, en <http://venezuelaaldia.com/2013/02/maduro-chavez-continua-con-la-canula-traqueal-y-usa-distintas-vias-de-entendimiento/>.

³⁵ -Villegas, -El estado general sigue siendo delicado,- en Kikiriki, 4-3-2013, en <http://www.kikiriki.org.ve/villegas-el-estado-general-sigue-siendo-delicado/>

³⁶ Véase -Venezuela transmitirá reunión entre Maduro, Gabinete y militares: oficial,- en Reuters, 5-3-2013, en <http://ar.reuters.com/article/topNews/idARL1N0BX9B220130305>

³⁷ Véase en -Muere el presidente Hugo Chávez,-, en *ElTiempo.com*, 5-3-2013, en http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12639963.html

³⁸ Véase en <http://cnnespanol.cnn.com/2013/03/05/diosdado-cabello-nuestros-hijos-tendran-patria-gracias-a-lo-que-hizo-chavez/>

³⁹ Véase lo expresado por Diego Molero Bellavía, Ministro de la Defensa, al comprometerse en que las Fuerzas Armadas respetarían la Constitución, expresando, -Vicepresidente Nicolás Maduro, señor Diosdado Cabello, presidente de la Asamblea Nacional, y todos los poderes, cuenten con la Fuerza Armada, que es del pueblo y para el pueblo,- en -Ministro de la defensa venezolano hace un llamado a la unidad,- CNN, 5-3-2013, en CNN es la Noticia, 5-3-2013, en <http://cnnespanol.cnn.com/2013/03/05/ministro-de-la-defensa-venezolano-hace-un-llamado-a-la-unidad/>.

⁴⁰ Véase el texto de la sentencia de interpretación del artículo 233 de la Constitución en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

⁴¹ Afirmando incluso que no descartaba -que la enfermedad del presidente Chávez haya sido inducida.- Véase -Muere el presidente Hugo Chávez,-, en *ElTiempo.com*, 5-3-2013, en http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12639963.html

Se trató, en todo caso, de un hecho singular en la vida política del país, pues desde que el presidente Juan Vicente Gómez falleció en diciembre de 1935, estando en ejercicio del cargo, no había ocurrido en Venezuela que un Presidente de la República falleciera siendo titular del cargo, y nunca con la popularidad que había tenido el Presidente Chávez.

Como hecho relevante en la vida política del país, el mismo, sin duda, el anuncio del fallecimiento del Presidente Chávez produjo una serie de consecuencias jurídicas que deben identificarse claramente. El derecho precisamente regula las consecuencias jurídicas que en determinados momentos producen ciertos hechos o actos adoptados por los sujetos de derecho, así como las relaciones jurídicas que se establecen entre esos sujetos de derecho. Normas, actos y sujetos de derecho configuran, en definitiva, el mundo en el cual opera el derecho, de manera que el hecho del fallecimiento de una persona titular del cargo de Presidente de República, quién incluso no se llegó a posesionar del mismo, amerita ser analizado para tratar de establecer sus consecuencias jurídicas. Ese hecho del fallecimiento del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, se produjo además en medio de una serie de otros hechos y actos jurídicos que condicionaron sus efectos jurídicos y que es necesario tener también presente para determinar dichas consecuencias jurídicas.

Esos son, en líneas generales, los siguientes:

Primero, que el Presidente Chávez había sido reelecto Presidente de la República el 7 de octubre de 2012, para el período constitucional 2013-2019, cuando estaba en ejercicio del cargo de Presidente para el período constitucional 2007-2013, para el cual había sido reelecto en 2006; período este que terminaba el 10 de enero de 2013.

Segundo, que el Presidente Chávez, desde el día 10 de diciembre de 2012, había viajado a La Habana, luego de haber obtenido autorización de la Asamblea Nacional pues se ausentaría del territorio nacional por más de 5 días (art. 234, Constitución), para someterse a una operación quirúrgica, después de la cual nunca más se le vio en público.

Tercero, que la ausencia del Presidente del territorio nacional constituyó una falta temporal (art. 234, Constitución) que constitucionalmente el Vicepresidente Ejecutivo estaba obligado a suplir, lo que, en este caso, el Vicepresidente que era Nicolás Maduro se negó a hacer, habiendo permanecido en Caracas, con viajes frecuentes a La Habana, conduciendo la acción de gobierno sólo mediante una delegación de atribuciones que el Presidente Chávez había decretado el 9 de diciembre de 2012.

Cuarto, que para tomar posesión del cargo de Presidente para el nuevo período constitucional 2013-2019, el Presidente Chávez debía juramentarse ante la Asamblea Nacional el día 10 de enero de 2013 (art. 231, Constitución).

Quinto, que si ese día 10 de enero de 2013, el Presidente electo, por alguna causa sobrevenida, no podía prestar juramento ante la Asamblea Nacional, lo podía hacer posteriormente ante el Tribunal Supremo de Justicia (art. 231, Constitución).

Sexto, que en esa fecha 10 de enero de 2013, en todo caso, comenzaba el nuevo período constitucional 2013-2019 (art. 231, Constitución), así no se producía el acto formal de juramentación del Presidente electo, y éste se juramentase posteriormente ante el Tribunal Supremo.

Séptimo, que el Vicepresidente Nicolás Maduro informó a la Asamblea Nacional el 8 de enero de 2013, que el Presidente de la República, dado su estado de salud, no iba a poder comparecer ante la Asamblea el día 10 de enero de 2013 para juramentarse en su cargo, permaneciendo en La Habana.

Octavo, que el Presidente Chávez, efectivamente no compareció ante la Asamblea Nacional a tomar posesión del cargo para el período constitucional 2013-2019, de manera que su fallecimiento ocurrió sin haberse juramentado ni haber tomado posesionado de su cargo.

Noveno, que antes de que se iniciara el nuevo período constitucional el 10 de enero de 2013, sin embargo, como hemos mencionado antes, el Tribunal Supremo de Justicia, el día 9 de enero de 2013, decidió mediante una sentencia interpretativa, que en virtud de que el Presidente Chávez había sido reelecto y había estado en ejercicio de la Presidencia de la República, su no comparecencia ante la Asamblea Nacional no significaba que no continuara en ejercicio de sus funciones junto con todo su gabinete (Vicepresidente y Ministros), todos ellos nombrados en el período constitucional que concluyó el 10 de

enero de 2013; para lo cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo aplicó a la cuestión constitucional planteada el “principio de la continuidad administrativa.”⁴²

Décimo, que luego de que se informara que el Presidente Chávez fuera trasladado desde un Hospital en La Habana, al Hospital Militar de Caracas el día 18 de febrero de 2013, donde habría permanecido recluido sin ser visto en público, al anunciar el Vicepresidente que se había producido su fallecimiento el día 5 de marzo de 2013, puede decirse que cesó el régimen de “continuidad administrativa” del Presidente electo de su Vicepresidente y del tren ministerial anterior, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo había dispuesto que continuaban en sus funciones, fundamentándose en el hecho de que para el 9 de enero de 2013 el Presidente reelecto estaba en ejercicio de su cargo, por lo que hasta que se juramentase, todos debían continuar en el desempeño de sus funciones o en el ejercicio de sus cargos, y entre ellos el Vicepresidente y sus Ministros, hasta que el Presidente se juramentase; y

Decimoprimer, que tal juramento y la toma de posesión del cargo por el Presidente electo nunca pudo tener lugar, a causa del fallecimiento del Presidente.

Para entender bien las consecuencias jurídicas de éste último hecho, por tanto, es bueno refrescar con precisión lo que decidió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 2 del 9 de enero de 2013 sobre la no comparecencia anunciada del Presidente de la República para su toma de posesión el día siguiente, 10 de enero de 2013, por encontrarse totalmente incapacitado para ello por yacer en una cama de hospital en La Habana después de haber sido operado un mes antes (11 de diciembre de 2012).

La Sala Constitucional consideró que en virtud de que el Presidente Hugo Chávez había sido “re-electo” Presidente para el período 2013-2019 terminando ese mismo día su período constitucional anterior (2007-2013), y que como eventualmente podría prestar dicho juramento posteriormente ante el propio Tribunal Supremo, entonces no podía considerarse que en ese día de terminación del período constitucional 2007-2013, por su ausencia, “que el gobierno queda *ipso facto* inexistente,” resolviendo entonces que: “el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa,” por supuesto, hasta que se juramentase y tomase posesión de su cargo ante el propio Tribunal.

Fue conforme a esa sentencia, entonces, el Tribunal por una parte, decidió que el Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello no debía encargarse de la Presidencia de la República, tal como le correspondía conforme al principio democrático y que exigía la aplicación analógica de la norma que regula la falta absoluta del Presidente antes de su toma de posesión (art. 233); por la otra parte, aseguró la continuidad en el ejercicio de su cargo del Presidente de la República reelecto a pesar de estar postrado en una cama de hospital; y finalmente, decidió que el Vicepresidente Maduro a partir del 10 de enero de 2013 continuaría en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo. Consolidó así el Tribunal Supremo la usurpación de la voluntad popular, imponiéndole a los venezolanos un gobierno de hecho a cargo de funcionarios no electos, el Vicepresidente y los Ministros, que habían sido designados por el Presidente Chávez en el período constitucional anterior (2007-2013), y quienes continuaron ejerciendo sus cargos, situación que conforme a la sentencia de la Sala Constitucional debía permanecer hasta que el Presidente se juramentara. Esto último, ya evidentemente era una falacia pues, sin duda, para ese momento, todo el gobierno ya debía haber sabido sobre la condición de salud del Presidente y la imposibilidad que ya habría de que efectivamente se pudiera juramentar y tomar posesión de su cargo.

Hasta el 5 de marzo de 2013, por tanto, en virtud de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, el Vicepresidente Maduro continuó ejerciendo atribuciones del Poder Ejecutivo, pero sin siquiera haberse encargado de la Presidencia y sin siquiera suplir al Presidente en su falta temporal como se lo imponía

⁴² La Sala dijo en la sentencia, en cuanto al Presidente Chávez, que se trataba -de un Jefe de Estado y de Gobierno que no ha dejado de desempeñar sus funciones y, como tal, seguirá en el ejercicio de las mismas hasta tanto proceda a juramentarse ante el Máximo Tribunal.- Agregó además, que - la falta de juramentación en tal fecha no supone la pérdida de la condición del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, ni como Presidente en funciones, ni como candidato reelecto, en virtud de existir continuidad en el ejercicio del cargo-. Véase, Expediente N° 12-1358, Solicitante: Marelys D’Arpino. Véase el texto de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html>

el artículo 234 de la Constitución, no habiéndose dictado actos de gobierno algunos ni decretos presidenciales en los últimos días antes del 5 de marzo de 2013.⁴³

El fallecimiento del Presidente electo, quién según estableció la sentencia N° 2 del Tribunal Supremo de enero de 2013, como había sido reelecto, a pesar de no haberse juramentado en cargo, sin embargo, había continuado en ejercicio de sus funciones del Poder Ejecutivo (aun cuando, de hecho, ello era imposible por su situación de salud), y con él, el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros; en todo caso, originaba una serie de cuestiones jurídicas inmediatas que requerían solución urgente, las cuales giraban en torno a determinar jurídica y constitucionalmente, quién, a partir del 5 de marzo de 2013, debía encargarse de la Presidencia de la República en ese supuesto de efectiva falta absoluta de un Presidente electo, no juramentado, mientras se procedía a una nueva elección presidencial. En virtud de que el Presidente electo ya no podía tomar posesión de su cargo, el régimen de la “continuidad administrativa” impuesto por el Tribunal Supremo, al producirse la falta absoluta del Presidente con su fallecimiento, sin duda cesó. Todo cambió, por tanto, cuando se anunció el fallecimiento del Presidente y se produjo su efectiva falta absoluta.

La norma constitucional que rige los supuestos de falta absoluta del Presidente de la República es el artículo 233, el cual dispone los siguientes tres supuestos generales en los cuales ese hecho puede ocurrir, con sus consecuencias jurídicas inmediatas:⁴⁴

Primero, que la falta absoluta se produzca *antes de que el Presidente electo tome posesión del cargo*, en cuyo caso, dice la norma, el Presidente de la Asamblea Nacional *se encarga* de la Presidencia de la República mientras se realiza una nueva elección y toma posesión el nuevo Presidente.

En este caso, el Presidente de la Asamblea no pierde su investidura parlamentaria, ni asume la Presidencia de la República, sino que solo se “encarga” temporalmente de la misma.

Segundo, que la falta absoluta se produzca *dentro de los primeros cuatro años del periodo constitucional*, se entiende por supuesto después de ya el Presidente electo tomó posesión de su cargo mediante su juramentación, en cuyo caso, dice la norma, el Vicepresidente Ejecutivo *se encarga* de la Presidencia mientras se realiza una nueva elección y toma posesión el nuevo Presidente. Dicho Vicepresidente, por supuesto, debe haber sido nombrado por el propio Presidente de la República antes de su falta absoluta, durante el ejercicio de su cargo. En este caso, el Vicepresidente Ejecutivo tampoco pierde su investidura, ni asume la Presidencia de la República, sino que solo se “encarga” temporalmente de la misma.

Tercero, que la falta absoluta se produzca *durante los últimos dos años del periodo constitucional*, en cuyo caso, el Vicepresidente Ejecutivo *asume* la Presidencia de la República hasta completar el período. En este caso, el Vicepresidente Ejecutivo si pierde su investidura y asume en forma permanente el cargo de Presidente de la República, hasta completar el periodo constitucional, debiendo nombrar un nuevo Vicepresidente Ejecutivo. En es el único caso en la Constitución en el cual el Vicepresidente podría considerarse como “Presidente encargado de la República.”

El anunciado fallecimiento del Presidente de la República Hugo Chávez Frías el 5 de marzo de 2013, sin haberse juramentado ni haber tomado posesión de su cargo, ni ante la Asamblea Nacional ni ante el Tribunal Supremo de Justicia, exigía precisar, por tanto, cuál de los dos primeros supuestos antes mencionados debía aplicarse para determinar la sucesión presidencial.

Como el régimen de la “continuidad administrativa” decretada ilegítimamente por el Tribunal Supremo en todo caso concluyó evidentemente el mismo día cuando se produjo la falta absoluta del Presidente Chávez, quien por su estado de salud para el momento de su muerte no pudo juramentarse ni pudo tomar posesión de su cargo, es claro que se aplicaba el primer supuesto previsto en el artículo 233 de la Constitución, ya que la falta absoluta del Presidente electo se produjo en todo caso “*antes de tomar*

⁴³ Véase *Gacetas Oficiales* N° 40.121 de 1-3-2013; N° 40.122 de 4-3-2013; N° 40.123 de 5-3-2013; N° 40.124 de 6-3-2013.

⁴⁴ El artículo 233 dispone en la materia, lo siguiente, -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 secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional. // Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del periodo constitucional, 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 o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva-.

posesión” de su cargo. La primera parte de la norma se aplica en los dos supuestos que conforme a sus previsiones podrían darse: primero, que el fallecimiento del Presidente ocurra sin tomar posesión de su cargo antes del inicio del período constitucional el 10 de enero; o segundo, que el fallecimiento del Presidente ocurra sin tomar posesión de su cargo por alguna causa sobrevenida después de haberse iniciado el período constitucional el 10 de enero. Este último fue, precisamente, el supuesto que ocurrió el 5 de marzo de 2013, de manera que conforme a la norma del artículo 233 de la Constitución, el Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello debió de inmediato encargarse de la Presidencia de la República, *ex constitutione*.⁴⁵

Por tanto, en el mismo momento en que se anunció la falta absoluta del Presidente Chávez, de inmediato, el Vice-Presidente Maduro dejó de ejercer las funciones del Presidente, por haber cesado la llamada “continuidad administrativa” impuesta por la Sala Constitucional, la cual dependía de que el Presidente electo pudiera llegar a tomar posesión efectiva de su cargo; y el Presidente de la Asamblea, sin necesidad de acto alguno, se debía, *ex constitutione*, encargar de la Presidencia de la República.

Sin embargo, debe mencionarse que una primera lectura del artículo 233 de la Constitución, también podía conducir a considerar, (i) que como la falta absoluta se produjo después de iniciado el período constitucional, el cual comenzó el 10 de enero, así no se hubiera juramentado el Presidente electo; (ii) que entonces, como la falta absoluta se produjo “durante los primeros cuatro años del período constitucional; y (iii) que como ya existía una interpretación constitucional, aunque errada, dispuesta por la Sala Constitucional, de que desde el 10 de enero de 2013 había una “continuidad administrativa”, haciendo que los titulares del Poder Ejecutivo anterior siguieran en funciones (Presidente, Vicepresidente y ministros); entonces se podía aplicar el segundo supuesto de falta absoluta previsto en el artículo 233 (la que ocurría durante los primeros cuatro años del período constitucional que comenzó el 10 de enero de 2013), lo que podía conducir a considerar que el Vicepresidente Ejecutivo debía encargarse de la Presidencia quien ya estaba en funciones por la mencionada “continuidad administrativa” decretada por el Tribunal Supremo.

Esta aproximación que podía derivarse de una primera lectura de la norma, sin embargo, con una lectura detenida debía descartarse, porque la denominada “continuidad administrativa” que se había fundamentado en el hecho de que había un Presidente electo, que era Hugo Chávez, quien, por causas conocidas, pero sobrevenidas, no había podido tomar posesión de su cargo, pero supuestamente lo haría; había cesado totalmente con el anuncio del fallecimiento del Presidente. A partir de entonces ya la “continuidad administrativa” no podía sobrevivirle, pues la misma estaba ligada a su propia existencia, razón por la cual, como la falta absoluta se producía entonces sin que el Presidente Chávez hubiese llegado a tomar posesión efectiva de su cargo mediante su juramento, entonces el Presidente de la Asamblea Nacional era quien debía encargarse de la Presidencia.

Sin embargo, ello no fue lo que ocurrió en la práctica política, incumpliendo el Presidente de la Asamblea Nacional el mandato de la Constitución, habiendo sido la segunda opción a la cual hemos hecho referencia la que de hecho se impuso en el ámbito del gobierno, de manera que el mismo día 5 de marzo de 2013, la Procuradora General de la República afirmaba a la prensa que con la muerte del Presidente Hugo Chávez, “inmediatamente se pone en vigencia el artículo 233, que establece que se encarga el Vicepresidente Nicolás Maduro (...) .Ya la falta absoluta determina que el que se encarga es el Vicepresidente, Nicolás Maduro.”⁴⁶

⁴⁵ Así por ejemplo lo consideró el diputado Soto Rojas, al señalar tras el fallecimiento del Presidente Chávez que -Diosdado Cabello debe juramentarse y nuestro candidato es Nicolás Maduro-, en referencia a las próximas elecciones que deben realizarse,- en *6to. Poder*, 5-3-2013, en <http://www.6topoder.com/venezuela/politica/diputado-soto-rojas-diosdado-cabello-debe-juramentarse-y-nuestro-candidato-es-nicolas-maduro/> Por ello, con razón, el profesor José Ignacio Hernández, explicó que -interpretando de manera concordada los artículos 231 y 233 de la Constitución, puede concluirse que ante la falta absoluta del Presidente electo antes de tomar posesión (mediante juramento), deberá encargarse de la Presidencia el Presidente de la Asamblea Nacional. Es ésa la conclusión que aplica al caso concreto, pues el Presidente Hugo Chávez falleció sin haber prestado juramento, que es el único mecanismo constitucional previsto para tomar posesión del cargo, con lo cual debería asumir la Presidencia quien fue designado como Presidente de la Asamblea Nacional.- Véase José Ignacio Hernández, -A propósito de la ausencia absoluta del Presidente,- en *PRODAVINCI*, 5-3-2013, en <http://prodavinci.com/blogs/a-proposito-de-la-ausencia-absoluta-del-presidente-de-la-republica-por-jose-ignacio-hernandez-g/>

⁴⁶ Véase -Muerte de Chávez. 06/03/2013 03:16:00 p.m. Aseguró la Procuradora General de la República Cilia Flores: La falta absoluta determina que se encargará el Vicepresidente Maduro,- en *Notitarde.com*, 7-3-2013, en

Y ello fue efectivamente lo que ocurrió quedando evidenciado en *Gaceta Oficial* del mismo día, mediante la publicación del Decreto N° 9.399 declarando Duelo Nacional, dado y firmado por Nicolás Maduro, ni siquiera como “Vicepresidente encargado de la Presidencia,” sino como “Presidente Encargado de la República.”⁴⁷

Nada se supo, ese día, por lo demás, de la posición del Presidente de la Asamblea Nacional Diosdado Cabello sobre el porqué no había dado cumplimiento a la norma constitucional que lo obligaba a encargarse de la Presidencia.⁴⁸

Lo cierto es que el régimen de la llamada “continuidad administrativa” había cesado, pues había sido impuesta por el Tribunal Supremo para permitirle al Presidente Chávez que se pudiera juramentar posteriormente en su cargo una vez recuperada su salud, a lo cual tenía derecho, como lo indicó el Tribunal Supremo, y hubiera podido en ese caso tomar posesión de su cargo. Esa posibilidad fue, precisamente, la que se dispuso con el anuncio del fallecimiento del Presidente, concluyendo allí el régimen de la “continuidad administrativa,” entrando en aplicación, precisamente, el primer supuesto del artículo 233 de una falta absoluta del Presidente ocurrida *antes de que tomara posesión de su cargo*, lo que nunca ocurrió, en cuyo caso debía encargarse de la Presidencia el Presidente de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, salvo que se trate de falta absoluta ocurrida en los dos últimos años del período constitucional en cuyo caso, el Vicepresidente *asume* el cargo de Presidente, es decir, es Presidente, en ningún otro caso, sea en caso del Presidente de la Asamblea Nacional o del Vicepresidente Ejecutivo, en los supuestos respectivos previstos en la Constitución, puede decirse que se convierten en “Presidentes encargados” ya que en ningún caso pierden su investidura. Al contrario, siguen siendo titulares de sus respectivos cargos de Presidente de la Asamblea y de Vicepresidente, y es en ese carácter que se pueden “encargar” de la Presidencia. En el caso del Vicepresidente Ejecutivo, cuando se “encarga” de la Presidencia, no puede auto considerarse ni ser calificado como “Presidente encargado de la República” como erradamente se indicó en el Decreto N° 9399 declarando Duelo Nacional. Y esta no es una cuestión de redacción, es una cuestión sustantiva, pues el Vicepresidente, cuando se encarga de la Presidencia, no deja de ser Vicepresidente; es más, es porque es Vicepresidente que se encarga de la Presidencia.

<http://www.notitarde.com/Muerte-de-Chavez/Cilia-Flores-La-falta-absoluta-determina-que-se-encargara-el-Vicepresidente-Maduro/2013/03/06/169847>

⁴⁷ *Gaceta Oficial* 40.123 de 5 de marzo de 2013. Con relación a este Decreto, que fue refrendado por todos los Ministros y publicado en *Gaceta Oficial*, Juan Manuel Raffalli apreció que -no hay duda de que Nicolás Maduro es el Presidente encargado de la República,- llamando la atención respecto a que -Maduro no ha designado un Vicepresidente y si ostenta la doble condición de Presidente y Vicepresidente, no puede ser candidato,- e indicando que -para que pueda ser candidato, tendría que designar a un Vicepresidente.- Véase en -Raffalli: Maduro no puede ser candidato mientras también ostente la Vicepresidencia,- en *6to. Poder*, Caracas 7-3-2013, en <http://www.6topoder.com/venezuela/politica/raffalli-maduro-no-puede-ser-candidato-mientras-tambien-ostente-la-vicepresidencia/>; y en -Dudas Constitucionales. ¿Maduro es Vicepresidente y encargado de la Presidencia, o es Presidente encargado a secas?, en *El Universal*, 8-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/opinion/130308/dudas-constitucionales>. Sin dejar de considerar que con ese Decreto, efectivamente y de hecho, el Vicepresidente Maduro asumió sin título alguno la Presidencia de la República, es decir, ilegítimamente; sin embargo consideramos que debe puntualizarse que de acuerdo con el texto de la Constitución, en cualquier caso en el cual se produzca una falta absoluta del Presidente en los términos del artículo 233 de la Constitución, tanto el Presidente de la Asamblea Nacional como del Vicepresidente, es sus respectivos casos, lo que deben y pueden hacer es -encargarse- de la Presidencia, pero nunca pasan a ser -Presidentes encargados de la República.-

⁴⁸ Sobre el tema de la sucesión presidencial en este caso, el profesor Germán Escarrá, en una entrevista de televisión ese mismo día 5 de marzo, afirmaba que ante la muerte de Hugo Chávez se abrían dos ámbitos de actuación, de manera que (i), -si era el caso de -un Presidente electo que no ha tomado posesión; en este caso [...] debe sustituir la falta el Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello;- y que (ii), si era el caso de -un Presidente en ejercicio de sus funciones,- entonces en ese caso -le corresponde al Vicepresidente sustituir por el periodo en el que debe convocarse a elecciones para que al final sea el pueblo el que decida quién será su Presidente.- De estas opciones, según sus propias palabras, el primer supuesto era el que aparentemente se aplicaba. Pero no; fue la segunda opción, la que consideró aplicable el profesor Escarrá, argumentando que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 había dicho que -Chávez era un Presidente reelecto que nunca estuvo ausente, ‘por lo que debía entonces aplicarse el Artículo 233 de la Constitución.’ [...] El Vicepresidente queda encargado, puesto que, aunque el Presidente no se juramentó, de conformidad a la sentencia, estaba en el cargo cumpliendo sus funciones.- Agregó, además, el profesor Escarrá, que -Maduro dejó de ser vicepresidente en el momento en que se supo de la muerte del presidente Chávez y se decretó la falta absoluta. Una vez que opera la falta absoluta asume el poder el vicepresidente.- Véase -Hermann Escarrá: Maduro es Presidente encargado desde que se anunció la muerte de Chávez,- en *Globovisión.com*, 6-3-2013, en <http://globovision.com/articulo/hermann-escarra-maduro-es-presidente-encargado-desde-que-se-anuncio-la-muerte-de-chavez>

Por tanto, no es correcto afirmar que el Vicepresidente, en esos supuestos, se transforme en “Presidente encargado de la República,” ni que el mismo pueda designar un Vicepresidente. Esto sólo lo puede hacer un Presidente electo una vez en funciones, pero no un Vicepresidente encargado de la Presidencia. El Vicepresidente, en la Constitución, además de tener atribuciones, tiene cargas o deberes, y uno de ellos es precisamente “encargarse” de la Presidencia en esos casos, por lo que debe asumir todas sus consecuencias. Por ello es que, por ejemplo, no puede en ningún caso ser candidato a Presidente en las elecciones a las que debe procederse en el breve lapso de 30 días.

Precisamente, conforme a artículo 229 de la Constitución, quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección, no puede ser elegido Presidente. Y como el Vicepresidente no puede abandonar su cargo de Vicepresidente al encargarse de la Presidencia, simplemente no puede ser candidato a Presidente.

Esa debió haber comenzado a ser la situación constitucional del Vicepresidente Maduro después de haberse encargado de la Presidencia el día 5 de marzo de 2013. Sin embargo, no fue así, y el anuncio antes mencionado de la Procuradora General de la República, de que el Vicepresidente Maduro había pasado a ser “Presidente encargado de la República,” mostraba otra realidad, inconstitucional, a lo que se agregaba la situación inconstitucional derivada de la declaración dada por el Ministro de la Defensa al afirmar pocas horas después de darse a conocer oficialmente la muerte del Presidente Chávez, que “Ahora más que nunca, la FAN debe estar unida para llevar a Maduro a ser el próximo presidente electo de todos los venezolanos.”⁴⁹ Para una institución como la Fuerza Armada, “sin militancia política” y que “está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (art. 328, Constitución), esa manifestación violaba abiertamente el texto fundamental. Luego le correspondería a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 141 de 8 de marzo de 2013, que se comenta más adelante, consolidar todo este fraude constitucional.

Pero volvamos a la situación el día 5 de marzo. Nicolás Maduro, como Vicepresidente encargado de hecho de la Presidencia (porque ello correspondía al Presidente de la Asamblea Nacional), y como “Presidente encargado de la República” como se autodenominó, en todo caso, tenía entre sus atribuciones inmediatas, velar por que se procediera “a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes” contados a partir de la falta absoluta del Presidente, es decir, contados a partir del 5 de marzo de 2013.⁵⁰

Esto significaba que la elección presidencial conforme a la Constitución, debía necesariamente efectuarse en ese lapso, para lo cual el Consejo Nacional Electoral debía adoptar todos los actos y realizar todas diligencias necesarias, como la convocatoria, postulación, y organización electoral.⁵¹ Y en ese proceso electoral, en ningún caso el Vicepresidente podía ser candidato a la Presidencia, primero, porque la Constitución expresamente establece que quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente para el momento de la postulación, es inelegible (art. 229); y segundo, porque el Vicepresidente, en este caso de haberse encargado de la Presidencia, así ello hubiera sido ilegítimo, no podía separarse de su cargo, pues era en tal carácter de Vicepresidente que se encargó de la Presidencia. Si lo hacía crearía un vacío

⁴⁹ Véase en -Ministro de la Defensa venezolano: -La Fuerza Armada Nacional debe estar unida para llevar a Maduro a ser presidente-, en Vinculocrítico.com. Diario de América, España y Europa, en <http://www.vinculocritico.com/politica/venezuela/elecciones-venezuela/fuerzas-militares-venezolanas/muere-chavez/muerte-chavez/anuncio-muerte-chavez/ministro-defensa/vtv/apoyo-de-militares-maduro/294618>. En la nota publicada en ese diario se concluía con la siguiente reflexión -La clara posición expresada por el Ministro de la Defensa resulta preocupante para muchos ciudadanos, toda vez que bajo sus órdenes se encuentra la Fuerza Armada Nacional que debe velar por la seguridad de Venezuela, pero no obedecer a la voluntad de una sola persona y menos aún en materia electoral. Su posición no presagia una situación de imparcialidad, con la gravedad que ello conlleva para el futuro en democracia de dicha nación latinoamericana.-

⁵⁰ No es correcta la afirmación del diputado Calixto Ortega en el sentido de afirmar que -tras los actos fúnebres, la Asamblea Nacional debe reunirse y declarar formalmente -la ausencia de derecho del presidente-, tras lo cual el CNE pasa a organizar y convocar las elecciones dentro de un plazo estimado de 30 días que pudiera extenderse.- Ello es contrario a la Constitución, no sólo porque en la misma la falta absoluta del Presidente por muerte no requiere de declaración formal alguna, sino porque los treinta días consecutivos para que se proceda a realizar la elección deben contarse a partir de dicha falta absoluta. Véase la reseña de la declaración en -Oposición venezolana trabaja en escenario electoral-, ABC color, 7-3-2013, en <http://www.abc.com.py/internacionales/oposicion-venezolana-trabaja-en-escenario-electoral-546632.html>

⁵¹ Sin embargo, el día 8 de marzo se anunciaba en la prensa que el Consejo Nacional Electoral estaría listo para las elecciones presidenciales a partir del día 14 de abril de 2013. Véase en *El Universal*, Caracas 8-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130307/cne-listo-para-presidenciales-a-partir-del-14-de-abril>

en el Poder Ejecutivo al dejar acéfala la jefatura del Estado. Quizás por ello, en vez de encargarse de la Presidencia, Nicolás Maduro procedió el 5 de marzo de 2013 a autonombrarse “Presidente encargado de la República,” para así, seguramente, proceder en el futuro a nombrar un Ministro como “encargado” de la Vicepresidencia, como lo hizo durante el mes de diciembre de 2012.

En todo caso, y aún en el supuesto que se pretendiera que el Vicepresidente no era tal “Vicepresidente encargado de la Presidencia” sino que era “Presidente encargado de la República,” tampoco podía ser candidato a la Presidencia en las elecciones en breve, ya que el único funcionario en la Constitución que puede participar en un proceso electoral sin separarse de su cargo es el Presidente de la República cuando una vez ya electo popularmente, acude a la reelección, es decir, cuando ya ha sido previamente electo en una elección anterior. Ningún otro funcionario, ni siquiera cuando se autodenomina “Presidente encargado de la República” podría ser considerado Presidente a tales efectos de reelección sin separarse de su cargo, pues no ha sido electo popularmente.

Pero el tema de la sucesión presidencial por la anunciada falta absoluta del Presidente Chávez, a pesar de todo lo que disponía la Constitución, para el mismo día 5 de marzo de 2013, al anunciarse su fallecimiento, ya estaba de hecho resuelto al haberse encargado de la Presidencia de la República el Vicepresidente Nicolás Maduro, bien en contra de lo previsto en la Constitución, y ante el silencio del Presidente de la Asamblea Nacional, quien debió hacerlo; y haberlo hecho ni siquiera como “Vicepresidente encargado de la Presidencia,” sino como consta del Decreto antes mencionado que dictó ese mismo día como “Presidente encargado de la República,” carácter que no tenía pues sólo era “Vicepresidente encargado de la Presidencia.”

Por ello, al inicio causó extrañeza el anuncio que hizo Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello, en horas de la noche del día 7 de marzo, en el sentido de que “el vicepresidente Nicolás Maduro será juramentado este viernes a las 7:00 de la noche como Presidente de la República encargado,” indicando, además, que “una vez juramentado, corresponderá a Maduro convocar a nuevas elecciones para elegir al próximo jefe de Estado.”⁵²

Era extraño porque quien ya se había encargado de hecho de la Presidencia, y ya había dictado un decreto presidencial en uso de la atribución presidencial de “dirigir la acción de gobierno,” (arts. 226 y 236.2 de la Constitución que son los que se citan en el decreto) como Presidente encargado de la República, iba a juramentarse *ex post facto*, para el cargo que ya había comenzado a ejercer.

Ello lo que puso en evidencia fue la tremenda inseguridad que debía existir en las esferas de gobierno sobre la “encargaduría” de la Presidencia a la muerte del Presidente Chávez. El arte del desconcierto que tanto aplicó siguió guiando el comportamiento del gobierno en su “continuidad administrativa” de tiempo indefinido.

Sin embargo, con el anuncio, al menos ya quedaba expresada por primera vez la opinión de quien constitucionalmente debió encargarse de la Presidencia.⁵³

⁵² Véase Alejandra M. Hernández, -Maduro será juramentado mañana como Presidente encargado,- *El Universal*, 7-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/hugo-chavez-1954-2013/130307/maduro-sera-juramentado-manana-como-presidente-encargado>; y -Nicolás Maduro asumirá hoy como Presidente,- en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130308/nicolas-maduro-asumira-hoy-como-presidente>

⁵³ Diosdado Cabello destacó -que la juramentación se efectuará de conformidad con lo establecido en el artículo 233 de la Constitución, el cual establece que cuando -la falta absoluta del Presidente de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional (...) mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo.- -Cabello aclaró que no le corresponde a él como presidente de la AN, sino a Maduro como vicepresidente asumir la jefatura de Estado, ya que se produjo la falta absoluta del presidente de la República.- -Recordó que Hugo Chávez, quien falleció el pasado martes, era un mandatario en posesión de su cargo y no un Jefe de Estado electo que por primera vez iba a cumplir funciones.- -Agregó que se cumplirán las órdenes dadas por Chávez.- Véase Alejandra M. Hernández, -Nicolás Maduro asumirá hoy como Presidente,- en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130308/nicolas-maduro-asu-mira-hoy-como-presidente>

Ese anuncio ponía fin, momentáneamente, a las “interpretaciones” de las normas constitucionales a conveniencia, quedando acordada la situación políticamente en el seno del gobierno, pues lo que había pasado en el país respecto de la situación constitucional originada con motivo del inicio del período constitucional presidencial 2013-2017, dada la situación de ausencia del territorio nacional del Presidente electo a partir del 9 de diciembre de 2012, su reclusión hospitalaria en Caracas a partir del 18 de febrero de 2013; y el anuncio de su fallecimiento el 5 de marzo de 2013, no fue lo que debió pasar,⁵⁴ tal y como lo fuimos explicando.”

En realidad, lo que pasó desde el 10 de diciembre de 2012, al margen de la Constitución, fue que el Vicepresidente Maduro se negó a suplir la falta temporal del Presidente ausente; el Presidente ausente no pudo comparecer el 10 de enero de 2013 ante la Asamblea Nacional para jurar el cargo y tomar posesión del mismo para el período 2013-2013, situación en la cual, en lugar de que el Presidente de la Asamblea Nacional se encargara de la Presidencia, el Tribunal Supremo decidió la sentencia N° 2 de 9 de enero de 2013 disponiendo que el Presidente reelecto, ausente y enfermo, su Vicepresidente y sus Ministros, seguían en ejercicio de sus funciones, hasta que el Presidente se juramentase ante el propio Tribunal; que una vez anunciado el fallecimiento del Presidente Chávez, y producida su falta absoluta antes de tomar posesión efectiva y formalmente de su cargo, a pesar de haber cesado el régimen de “continuidad administrativa” impuesto por el Tribunal Supremo, en lugar de que el Presidente de la Asamblea Nacional se encargara de la Presidencia, el Vicepresidente Maduro asumió el cargo de “Presidente encargado de la República.”

Contrastado lo que pasó⁵⁵ con lo que debía haber pasado, constitucionalmente hablando, la situación de incertidumbre sólo podía quedar resuelta, de hecho, razón por la cual se anunció el acto mediante el cual el Presidente de la Asamblea Nacional, quien era quien debía estar encargado de la Presidencia, iba a tomar el juramento del Vicepresidente, pero no sólo como encargado de la Presidencia, sino como “Presidente encargado de Venezuela,” cuando ya desde el 5 de marzo éste ya estaba “ejerciendo” dicho cargo

Todo lo anterior se consolidó luego, mediante sentencia N° 141 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de marzo de 2013, dictada al resolver un nuevo recurso de interpretación que se había interpuesto (por Otoniel Pautt Andrade) el día 6 de marzo de 2013 sobre la aplicación del artículo 233 de la Constitución a la situación concreta derivada de la anunciada falta absoluta del Presidente Chávez.⁵⁶ En dicha decisión la Sala comenzó con un error de interpretación de la norma cuya interpretación se había requerido, al concluir, después de transcribirla íntegramente, que “De la lectura de dicho precepto se observa que cuando se produce la falta absoluta del Presidente de la República se habrá de realizar una nueva elección y se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva”, cuando ello no es correcto, porque en el primer supuesto de falta absoluta regulado en la norma (de los tres que regula), quien se encarga de la Presidencia es el Presidente de la Asamblea Nacional. Esa parte de la norma fue completamente ignorada en la sentencia.⁵⁷

⁵⁴ Como lo resumió con toda precisión Gerardo Blyde al responder la pregunta ¿Qué debió ocurrir?: -Cuando el Presidente solicitó ausentarse del país para tratarse en Cuba debió declararse la ausencia temporal y encargarse el Vicepresidente hasta el fin de ese período constitucional. / Al no regresar para el 10 de enero, fecha constitucional para la juramentación, debió encargarse de la Presidencia el presidente de la Asamblea Nacional para el nuevo período hasta tanto el Presidente electo pudiera juramentarse y asumir. / Al regresar, el Presidente electo debió ser juramentado por el TSJ. Si no era posible, el TSJ ha debido nombrar una junta médica que determinara si había causas que le impidían asumir la Presidencia y si éstas serían permanentes o temporales. En caso de haberse determinado que eran permanentes, el TSJ debió enviar el informe a la Asamblea Nacional para que se declarara la falta absoluta. / Una vez declarada la falta absoluta, el CNE debía convocar a nuevas elecciones presidenciales y, una vez elegido el nuevo Presidente, el presidente de la AN debía entregarle para que éste culminara el período presidencial en curso.- Véase en Gerardo Blyde, -Lo que pasó y no debió pasar. El Vicepresidente encargado de la Presidencia no puede nombrar a otro Vicepresidente,- en *El Universal*, 8-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/opinion/130308/lo-que-paso-y-no-debio-pasar>

⁵⁵ Véase igualmente los comentarios de Gerardo Blyde en *Idem*, -Lo que pasó y no debió pasar. El Vicepresidente encargado de la Presidencia no puede nombrar a otro Vicepresidente,- en *El Universal*, 8-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/opinion/130308/lo-que-paso-y-no-debio-pasar>

⁵⁶ Véase el texto de la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

⁵⁷ Días después de dictada la sentencia, el 12 de marzo de 2013, en un programa de televisión, la Presidente del Tribunal Supremo diría lo siguiente según la reseña: -La Constitución debemos leerla muy claramente, a mi una de las cosas que más me preocupa es la falta de lectura por parte de algunas personas, o no diría falta de lectura (...) sino la falta gravísima y el engaño que hacen al pueblo cuando se refieren al texto constitucional saltándose párrafos para que se malinterprete el resultado,- detalló durante el programa Contragolpe que transmite Venezolana de Televisión. / La magistrada

Aparte de este error, la sentencia de 8 de marzo de 2013, en definitiva, resolvió que como en la sentencia anterior de la misma Sala Constitucional N° 2 de 9 de enero de 2013, ya se había dispuesto que a pesar de que el período constitucional 2013-2019 comenzó el 10 de enero de 2013, en virtud de que el Presidente Chávez había sido reelecto y que en relación con el mismo “no era necesaria una nueva toma de posesión [...] en virtud de no existir interrupción en ejercicio del cargo,” entonces dijo la Sala:

“se desprende que el Presidente reelecto inició su nuevo mandato el 10 de enero de 2013, que se configuró una continuidad entre el período constitucional que finalizaba y el que habría de comenzar y que por lo tanto, se entendía que el Presidente reelecto, a pesar de no juramentarse dicho día, continuaba en funciones.”

Ello, por supuesto, fue una falacia, pues el Presidente Chávez, desde el 10 de diciembre de 2013 nunca salió de un Hospital. Sin embargo, de allí la Sala concluyó que al momento de anunciarse la falta absoluta del Presidente Chávez el 5 de marzo de 2013, en virtud de que el mismo “se encontraba en el ejercicio del cargo de Presidente de la República, es decir, había comenzado a ejercer un nuevo período constitucional,” entonces como la falta absoluta se produjo dentro de los primeros cuatro años del período constitucional:

“es aplicable a dicha situación lo previsto en el segundo aparte del artículo 233 de la Constitución, esto es, debe convocarse a una elección universal, directa y secreta, y se encarga de la Presidencia de la República el ciudadano Nicolás Maduro Moros, quien para ese entonces ejercía el cargo de Vicepresidente Ejecutivo.”

Estableció la Sala Constitucional, adicionalmente que “dicha encargaduría comenzó inmediatamente después de que se produjo el supuesto de hecho que dio lugar a la falta absoluta,” consolidando así lo que efectivamente había ocurrido el 5 de marzo de 2013. Agregó además la Sala que “El Presidente Encargado debe juramentarse ante la Asamblea Nacional”, ratificando así, también, lo que de hecho había sido anunciado, a pesar de que la misma Sala antes había dicho que el Vicepresidente ya se había encargado desde el 5 de marzo de 2013 de la Presidencia.

Quedaron así muy convenientemente resueltas por el Poder Judicial todas las dudas e incertidumbres pasadas, que ya habían sido resueltas políticamente entre los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. La Sala Constitucional, una vez más, interpretó la Constitución a la medida del régimen autoritario, distorsionándola.

Sobre el futuro cercano, la Sala Constitucional también pasó a resolver de antemano todas las dudas que podían presentarse en el funcionamiento del nuevo gobierno de transición, declarando que al encargarse el Vicepresidente Ejecutivo Nicolás Maduro “de la Presidencia de la República [...] deja de ejercer dicho cargo para asumir la tarea que el referido precepto le encomienda.” Es decir, ni más ni menos, deja de ser Vicepresidente encargado de la Presidencia y pasa a ser “Presidente encargado”

De ello derivó la Sala Constitucional, que en cuanto a la previsión de la condición de inelegibilidad establecida en el artículo 229 de la Constitución, según el cual no puede ser elegido Presidente de la República quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección; la misma –dijo la Sala– sólo se aplica “mientras el

cuestionó que hay quienes pretenden irrespetar la Constitución, al afirmar que debe ser el presidente de la Asamblea Nacional, en este caso Diosdado Cabello, quien debió asumir la Presidencia Encargada. / Refirió que el artículo 233 expresa que -mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o nueva Presidenta se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva. Yo estoy leyendo la Constitución, no estoy diciendo algo que a mí se me ocurre.- Véase la reseña en <http://www.vive.gob.ve/actualidad/noticias/designaci%C3%B3n-de-nicol%C3%A1s-maduro-como-presidente-e-es-constitucional>; y en http://www.el-nacional.com/politica/Luisa-Estella-Morales-Maduro-Constitucion_0_152387380.html Por lo visto no se percató la magistrada que quien analizó la Constitución -saltándose párrafos para que se malinterprete el resultado,- fue ella misma y la Sala Constitucional que dictó la sentencia bajo su Ponencia, al ignorar (o saltarse) el primer párrafo sobre la falta absoluta del Presidente del artículo 233 que dispone que -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 secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.- Tan esa parte fue -saltada- por la Sala que luego de copiar el texto íntegro del artículo la sentencia expresa, pura y simplemente que: -De la lectura de dicho precepto se observa que cuando se produce la falta absoluta del Presidente de la República se habrá de realizar una nueva elección y se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.- Basta comparar los dos textos para saber quién se saltó un párrafo de la norma para malinterpretarla.

Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva esté en el ejercicio de dicho cargo,” considerando que en dicho “supuesto de incompatibilidad” previsto en la norma, “no está comprendido el Presidente Encargado de la República.”

Por tanto, estableció la Sala, que como “el ahora Presidente Encargado no sigue ejerciendo el cargo de Vicepresidente, el órgano electoral competente, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, puede admitir su postulación para participar en el proceso que lleve a la elección del Presidente de la República, sin separarse de su cargo,” de manera que “durante dicho proceso electoral, el Presidente Encargado está facultado para realizar las altas funciones que dicha investidura trae aparejadas como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, de acuerdo con la Constitución y las leyes.” Y nada más.⁵⁸ El Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, mutó ilegítimamente la Constitución, cambiando materialmente la condición de inelegibilidad establecida en la Constitución para la elección del cargo de Presidente de la República, y además, permitiendo de antemano, también ilegítimamente, que el “Presidente encargado de la República” en el período de sucesión presidencial, pudiera participar en la campaña electoral sin separarse del cargo, lo que está reservado a los Presidentes electos que buscan la reelección, pudiendo ser electo Presidente sin haber sido elegido previamente.

La decisión de la Sala Constitucional, como lo expresó el profesor Jesús María Casal, “se construyó a partir de la ficción de que Chávez ejercía su cargo, lo cual sabemos que es falso,”⁵⁹ y como lo consideró el profesor Enrique Sánchez Falcón, “atenta contra la Constitución, el Estado de Derecho, la Democracia y la paz ciudadana, [...] porque ella dice que el Vicepresidente no puede participar en las elecciones presidenciales, a menos que se separe de ese cargo; y no se puede decir que puede participar porque ya no es Vicepresidente, porque él es el encargado de la Presidencia precisamente porque estaba en la Vicepresidencia. Consideró Sánchez Falcón que la decisión violaba, además, la democracia, en lo que coincidió el profesor Jesús María Casal, al expresar que “enrarecía” el clima político, pues “parece ir destinada a favorecer o reforzar el ventajismo electoral del que venía haciendo gala el Gobierno Nacional en los últimos años y eso obviamente genera desconfianza en el proceso electoral.”⁶⁰

Lo que es cierto, de la polémica, inconstitucional, distorsionante y mutante decisión de la Sala Constitucional es que ahora, sin duda, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos tendrá de nuevo ocasión para decir que “*El tema ha sido ya resuelto por los tres poderes del Estado de Venezuela: lo planteó el Ejecutivo, lo consideró el Legislativo, y lo resolvió el Judicial*”; y puede concluir de nuevo que “Las instancias están agotadas y por lo tanto, el proceso que se llevará a cabo en ese país

⁵⁸ La Sala Constitucional, en su sentencia, procedió a -sistematizar las conclusiones vertidas a lo largo de esta decisión,- de manera resumida, así: a) Ocurrido el supuesto de hecho de la muerte del Presidente de la República en funciones, el Vicepresidente Ejecutivo deviene Presidente Encargado y cesa en el ejercicio de su cargo anterior. En su condición de Presidente Encargado, ejerce todas las atribuciones constitucionales y legales como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; / b) Verificada la falta absoluta indicada debe convocarse a una elección universal, directa y secreta; / c) El órgano electoral competente, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la normativa electoral, puede admitir la postulación del Presidente Encargado para participar en el proceso para elegir al Presidente de la República por no estar comprendido en los supuestos de incompatibilidad previstos en el artículo 229 constitucional; / d) Durante el proceso electoral para la elección del Presidente de la República, el Presidente Encargado no está obligado a separarse del cargo.- Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html>

⁵⁹ No es cierto, por tanto, como lo expresó la profesora Hildegard Rondón de Sansó, que -el presidente Chávez al momento de fallecer era un Presidente reelecto y no electo por primera vez, pero además estaba en posesión del cargo. Era un Presidente electo que estaba en posesión del cargo para ser precisos, pero por esa condición de la posesión del cargo no era esencial la juramentación.- Véase en Juan Francisco Alonso, -Acusan al TSJ de alentar la desobediencia ciudadana,- en *El Universal*, 10-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130310/acusan-al-tsj-de-alentar-la-desobediencia-ciudadana>. El Presidente Chávez estaba en posesión del cargo para el cual fue electo en 2007 y que duraba hasta el 10 de enero de 2013. En esta fecha, para tomar posesión del cargo de Presidente para el período constitucional 2013-2019, tenía que juramentarse ante la Asamblea nacional o ante el Tribunal Supremo, y no o hizo. No se puede afirmar seriamente que, porque hubiera sido electo, estaba -en posesión de su cargo.- Eso, por lo demás, no fue lo que decidió la sala Constitucional, que lo que hizo fue declarar que estaba en ejercicio de sus funciones desde el período anterior, ratificando, por lo demás el acto de juramentación como un requisito esencial para la toma de posesión del cargo.-

⁶⁰ Véase Juan Francisco Alonso, -Acusan al TSJ de alentar la desobediencia ciudadana,- en *El Universal*, 10-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130310/acusan-al-tsj-de-alentar-la-desobediencia-ciudadana>

es el que han decidido los tres poderes,”⁶¹ así esos tres poderes no sean independientes ni autónomos entre sí, lo que es indispensable para el funcionamiento de un régimen democrático. Eso, por lo visto, no importaba.!!

Lo que siguió, en todo caso, se ajustó al libreto ya escrito, de manera que una vez juramentado ante la Asamblea Nacional como Presidente encargado de la República el día 8 de marzo de 2013, incluso mediante la colocación de la banda presidencial;⁶² el mismo día, el “Presidente encargado” dictó su segundo Decreto N° 9.401, nombrando como Vicepresidente Ejecutivo a quien hasta ese momento había sido Ministro de Ciencia Tecnología, Jorge Arreaza, yerno del fallecido Presidente;⁶³ el día 9 de marzo de 2013, la Presidenta del Consejo Nacional Electoral convocó las elecciones presidenciales fijando el 14 de abril para su realización;⁶⁴ el 11 de marzo de 2013, el “Presidente encarado” inscribió su candidatura para dichas elecciones;⁶⁵ y el mismo día dictó el Decreto N° 9.402 delegando en el Vicepresidente recién nombrado un conjunto de atribuciones presidenciales, con lo cual quedaba más libre para participar en la campaña presidencial sin separarse del cargo.

New York, 2013

⁶¹ Véase en -J. M. Insulza: OEA respeta decisión de los poderes constitucionales sobre la toma de posesión del presidente Chávez,- 11-1-2013, en <http://www.noticierovenevision.net/politica/2013/enero/11/51405=oea-respeta-decision-de-los-poderes-constitucionales-sobre-la-toma-de-posesion-del-presidente-chavez>; y en <http://globovision.com/articulo/oea-respeta-cabalmente-decision-del-ts-j-sobre-toma-de-posesion-de-chavez>

⁶² En esa oportunidad, el Presidente de la Asamblea Nacional, que -a pesar de ser un acto necesario, el Gobierno hubiera preferido no tener que celebrarlo- Luego de leer el artículo 233 de la Constitución sobre las faltas absolutas del Presidente, -Añadió que el vicepresidente de la República debe tomar el cargo cuando la falta absoluta se produzca mientras el primer mandatario está y funciones. En ese sentido, dijo que Chávez -tenía 14 años mandando-, por lo que se justifica la continuidad del período presidencial.- Véase en *El Universal*, 9-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/hugo-chavez-1954-2013/130308/maduro-se-juramento-como-presidente-encargado>

⁶³ Véase en *El Universal*, 9-3-2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/hugo-chavez-1954-2013/130308/juramentado-jorge-arreaza-como-vicepresidente-de-la-republica>. Véase Decreto N° 9401 de 8-3-2013 en *Gaceta Oficial* N° 40.126 de 11-3-2013.

⁶⁴ Véase la reseña de Alicia de la Rosa, -CNE convoca elecciones presidenciales para el 14 de abril,- en *El Universal*, Caracas 9-3-2013, en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130309/cne-convoca-elecciones-presidenciales-para-el-14-de-abril>

⁶⁵ Véase en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130311/nicolas-maduro-formaliza-inscripcion-de-su-candidatura-ante-el-cne>

36. SOBRE CÓMO NO DEBE EJERCERSE EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR UN JUEZ ORDINARIO

El caso de una sentencia de un Juez de Municipio de Caracas, que para “garantizar la tutela judicial efectiva,” con la excusa de ejercer el control difuso, violó la Constitución y la Ley, distorsionando el contenido del artículo 185-A del Código Civil.

Revista de Derecho Público, N° 134, abril-junio 2013,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 189-198

Resumen: *El control difuso de constitucionalidad ejercido por un juez ordinario implica que cuando el juez considere que la norma legal que debe aplicar para decidir el caso concreto es inconstitucional, puede desaplicarla, aplicando preferentemente la Constitución. No puede el juez, so pretexto de ejercer ese control, decidir el caso aplicando la norma legal, pero modificando su sentido y contenido. En el caso concreto que se analiza en este comentario, de una decisión de un juez de Municipio, eso fue lo que ocurrió, es un ejemplo de cómo un juez ordinario, no debe ejercerse esa potestad.*

Abstract: *The exercise of judicial review power by ordinary courts implies that the courts, when they considers that a legal provision that they must apply in order to decide the case, is unconstitutional, then ignore it applying instead the text of the Constitution. The ordinary judge, with the pretext of exercising its powers of judicial review, cannot decide the case applying the legal provision, modifying its sense and content. In the judicial case decided by a municipal Judge analyzed in this article, such conduct the one that was followed, being a clear example of how ordinary judges must not exercise such judicial review powers.*

Palabras Clave: *Control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Método difuso de control de constitucionalidad.*

Key words: *Judicial Review. Diffuse method of control of constitutionality.*

I

Un Juzgado de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, al conocer de una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento conforme al procedimiento no contencioso previsto excepcionalmente en el artículo 185-A del Código Civil, mediante sentencia dictada de 13 de mayo de 2013,¹ con la excusa de que estaba ejerciendo el *control difuso de constitucionalidad de las leyes* establecido en el artículo 334 de la Constitución de 1999, y desde el siglo XIX, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil -cuya existencia el Juez ignoró completamente-, procedió, no a desaplicar dicha norma porque la hubiera considerado contraria a la Constitución aplicando preferentemente las previsiones de ésta como hubiera resultado si efectivamente hubiese ejercido dicho control, sino muy por el contrario, procedió a decidir, aplicando dicho artículo -el único, además, en el cual fundamentó su decisión-, pero “reformándolo” íntegramente, trastocando su contenido y sentido, transformado el procedimiento no contencioso previsto en el mismo en uno contencioso, usurpando la competencia de los jueces de primera instancia en lo civil, en un supuesto “proceso contencioso” municipal de divorcio sujeto a la sola voluntad del cónyuge solicitante, sin la necesidad del consentimiento del otro cónyuge, y es más, a pesar de la negación de los hechos por dicho otro cónyuge, y en contra de la objeción formulada por el Ministerio Público.

¹ Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Con la sentencia, el Juez de Municipio se arrogó la potestad de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de interpretar la Constitución en los términos del artículo 335 de la Constitución, y asumir la potestad que dicha Sala se ha arrogado, de “reformular” normas legales,² particularmente de procedimiento, para “adaptarlas” a las previsiones de la Constitución, altamente cuestionada, y que ha resultado en la “reforma”, por ejemplo, del procedimiento en los juicios de amparo³ o de las normas adjetivas en materia de lapsos procesales.⁴

La sentencia dictada por el Juez de Municipio, en todo caso, es una muestra *de cómo no debe ejercerse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes* en el país, y de cómo el pretendido ejercicio de dicho poder-deber de los jueces sin el conocimiento mínimo de lo que el mismo significa, puede originar arbitrariedades judiciales como la mencionada, incurriendo en absoluta inconstitucionalidad e ilegalidad.

II

En efecto, como es bien sabido, todo juez de la República tiene la potestad de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes en la decisión de los casos concretos sometidos a su conocimiento, a los efectos de asegurar la supremacía e integridad de la Constitución, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 334 de la Constitución, y que desde el siglo XIX, está regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.⁵ Dichas normas permiten al juez ordinario, para la decisión del caso concreto sometido a su conocimiento, a solicitud de parte o de oficio, en los casos en los cuales consideren que exista una incompatibilidad entre la norma legal que debe aplicar para la decisión judicial del caso y una norma de la Constitución, poder aplicar esta última con preferencia, y desaplicar en el caso concreto la norma legal que rige para el asunto a decidir en el proceso o procedimiento específico.⁶ En la aplicación del control difuso, por tanto, el juez tiene que haber efectuado una confrontación entre la norma legal que está llamado a aplicar para decidir el caso y una norma constitucional específica, para poder concluir que aquella es contraria a la Constitución, es decir, es inconstitucional, y por tanto, decidir el caso ignorando la norma legal, es decir, desaplicándola, dando preferencia a la norma constitucional.

III

En ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por tanto, el juez ordinario está limitado a resolver el caso, mediante una decisión expresa de desaplicar una norma legal cuando considere que es incompatible con la Constitución, dando preferencia para decidir el caso a la norma constitucional específica, la cual, por tanto, rige entonces su decisión. En ese ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por tanto, no le es dable al juez ordinario cambiar el contenido de una disposición legal, bajo el argumento de que es contraria a la Constitución, y aplicarla para decidir el caso; al contrario, lo único que puede es no aplicarla, dando preferencia a la Constitución.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes, y como jurisdicción constitucional, autoproclamándose sin límites, como legislador positivo,- en *Revista de Derecho Público*, N° 128 (octubre-diciembre 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 197-204.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas,- en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas 2012, pp. 261-279.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes-, en *Revista de Derecho Público*, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175.

⁵ El artículo 334 de la Constitución dispone: [...]: -En caso de incompatibilidad entre esa 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- [...]. El artículo del Código de procedimiento Civil dispone: *Artículo 20*: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.- Además, el artículo del Código Orgánico Procesal Penal dispone: -*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-.

⁶ Sobre el control difuso de control de constitucionalidad véase, Allan R. Brewer-Carías, -El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano-, en Victor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, Tomo I, pp. 671-690.

En otras palabras, el juez ordinario, si considera que la norma legal que está llamado a aplicar para decidir el caso concreto es inconstitucional, lo que puede decidir es no aplicarla en la decisión del caso, aplicando preferentemente la Constitución; pero lo que no puede hacer es que con la excusa del control difuso de constitucionalidad y de que hay normas constitucionales que establecen determinadas garantías judiciales, resolver entonces aplicar efectivamente el artículo de la ley, pero a su manera, en forma distinta a lo establece su texto, es decir, “modificando las normas procesales” que contiene, tal y como lo afirma el juez en su sentencia (folio 522), que es lo ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en algunos casos en los cuales como supremo tribunal ha interpretado la Constitución ha aplicado el control difuso de constitucionalidad.

En la sentencia mencionada, el Juez Municipal, al decidir, en realidad, no ejerció control difuso de constitucionalidad alguno, sino que en lo que incurrió fue en una clara manifestación de arbitrariedad judicial, usurpando la potestad exclusiva de la Sala Constitucional, como tal supremo intérprete de la Constitución (art. 335), de establecer con carácter general una interpretación general del texto constitucional.

IV

En el caso concreto de la sentencia del Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que se comenta, de 13 de mayo de 2013, la misma, conforme a lo que establece el artículo 185-A del Código Civil, resolvió la solicitud de divorcio formulada por un cónyuge, *única y exclusivamente en aplicación de dicho artículo 185-A del Código Civil*, para cuyo efecto, el Juez, en la sentencia, no sólo *copió el texto íntegro* de la norma al comienzo de las “Motivaciones para decidir” de su fallo (folios 516 y 517), sino que dicha norma *fue el único fundamento legal* del Primero de los “**Dispositivos**” de la decisión, que fue declarar:

“con lugar la solicitud de divorcio intentada [...] de conformidad con lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil de Venezuela” (folio 530).

Dicha norma, que como se dijo, *fue la única norma legal que el juez aplicó al resolver el procedimiento*, la cual no desaplicó en forma alguna, sino que, al decidir, lo que hizo fue violarla abiertamente, no sólo cambiándole radicalmente su texto, sino su mismo contenido, sentido y propósito.

El Juez, al decidir, por tanto, en realidad, no ejerció control difuso de constitucionalidad alguno ya que no desaplicó la norma por considerarla, por ejemplo, que era incompatible con alguna norma constitucional. Al contrario, el Juez, como se dijo, dictó su sentencia única y exclusivamente con fundamento en dicha norma del artículo 185-A, pero cambiándole el texto, vaciándolo de contenido, y trastocando su propósito de regular una vía procesal excepcional de divorcio por mutuo consentimiento.

El juez, so excusa del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad lo que en realidad hizo fue, además de usurpar la potestad de la Sala Constitucional conforme al artículo 335 de la Constitución, usurpar la función legislativa en relación con la reforma de las leyes que está reservada constitucionalmente al legislador (art. 218), pues para decidir el caso concreto modificó una norma del Código Civil en beneficio del solicitante del procedimiento.

El Juez, por tanto, al decidir el caso, lo que hizo fue reformar puntualmente para el caso concreto el artículo 185-A del Código Civil, en forma evidentemente inconstitucional y arbitraria, violando la ley y la Constitución, usurpando la función legislativa, resultando una sentencia ineficaz y nula de nulidad absoluta en los términos del artículo 138 de la Constitución al disponer que “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

V

La norma del artículo 185-A del Código Civil, en efecto, dispone claramente el *tramite del procedimiento no contencioso de divorcio* que consagra, aplicable a las solicitudes de divorcio formuladas por un cónyuge alegando la ruptura prolongada de la vida en común por haber permanecido ambos cónyuges separados de hecho por más de 5 años, disponiendo a tal efecto, lo siguiente:

Primero, que el juez *debe declarar el divorcio* solamente si concurren estos dos elementos: en primer lugar, si el otro cónyuge, una vez citado, reconociere la separación, y, en segundo lugar, si el Ministerio Público no hiciese oposición a la solicitud. En este caso, las dos condiciones legales deben cumplirse, es decir, son acumulativas para que el juez pueda decidir la solicitud de divorcio, en el sentido de que es indispensable que el otro cónyuge debe reconocer el hecho de la separación alegada, y el Ministerio Público no debe haber hecho oposición a la solicitud.

Segundo, que, en cambio, el juez *debe declarar terminado el procedimiento y archivar el expediente*, alternativamente, en caso de que, primero, que el otro cónyuge no haya comparecido a la citación; segundo, que el otro cónyuge atendiese la citación, pero negare los hechos de la separación alegados en la solicitud; o tercero, que el Ministerio Público los negare.

En cualquiera de las tres alternativas indicadas en la norma, el juez debe obligatoriamente declarar terminado el procedimiento y archivar el expediente.

Por estas previsiones del artículo, el trámite de divorcio conforme a las mismas se configura como un procedimiento no contencioso, que se equipara a un divorcio por mutuo consentimiento. En el procedimiento previsto no hay otras pruebas que la que acrediten el matrimonio (partida de matrimonio) y en caso de un extranjero, la residencia en el país, de manera que en el mismo no se admite contención, ni hay posibilidad alguna de apertura de articulación probatoria. Si el otro cónyuge, distinto al solicitante, reconoce el hecho de la separación alegada, con ello termina el procedimiento mediante la declaración de divorcio; pero en cambio, si el otro cónyuge distinto al solicitante no atiende la citación y no comparece, o si negare el hecho de la separación, en cualquiera de estos casos, con ello termina el procedimiento y debe archivers el expediente. Igualmente ocurre si el Ministerio Público hace oposición a la solicitud, en cuyo caso el procedimiento también termina y se debe archivar el expediente. En estos casos, por supuesto, si alguno de los cónyuges desea iniciar el proceso contencioso de divorcio, conforme a las causales establecidas en el Código Civil, debe entonces acudir a las previsiones que para ello establece el Código de Procedimiento Civil dentro de los procedimientos especiales.

VI

El Juez de Municipio, en el caso de la sentencia comentada de 13 de mayo de 2013, al aplicar el artículo 185-A del Código Civil para decidir el caso sometido a su consideración, en cambio, y contrariamente a lo explicado respecto al contenido de la norma, ignoró completamente su texto, contenido y propósito, trastocó el procedimiento no contencioso contenido en la misma, cambiándolo por un proceso contencioso, y todo ello en franca violación del artículo 253 de la Constitución que lo obligaba a “conocer de las causas y asuntos de su competencia *mediante los procedimientos que determinen las leyes*,” e igualmente, en franca violación del derecho al debido proceso del cónyuge distinto del solicitante, a ser juzgado “con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley” (artículo 49.4), en este caso, las establecidas precisamente en el artículo 185-A del Código Civil.

Sin embargo, al contrario, y en contra del carácter no contencioso del procedimiento establecido en el mencionado artículo 185-A del Código Civil, que no ha sido reformado por el legislador ni interpretado constitucionalmente por la Sala Constitucional en forma distinta a lo que inequívocamente establece, y que garantiza al cónyuge distinto al solicitante que si negare el hecho alegado de la separación, o si el Ministerio Público objetare la solicitud, *el procedimiento tiene que declararse terminado y se debe ordenar el archivo del expediente*; el Juez de Municipio, - se repite -, ignorando el texto y sentido del artículo 185-A del Código Civil, *procedió a aplicarlo, pero no para decidir, conforme a su texto, la terminación del procedimiento ya que el cónyuge distinto al solicitante había negado los hechos de la separación y el Ministerio Público se había opuesto a la solicitud, sino para decidir el caso ignorando el contenido de la norma y reformándola. Es decir, el juez de Municipio no desaplicó la norma para decidir el caso concreto, sino que la aplicó - fue la única que aplicó - pero cambiándole su texto, contenido y propósito.*

Para ello, el juez utilizó diversos argumentos que se encuentran diseminados a lo largo de su sentencia, indicando, por una parte, que:

“resulta jurídicamente imposible afirmar que el proceso de divorcio seguido por el artículo 185-A es un procedimiento de naturaleza voluntaria” (folio 520).

La afirmación, ante todo, contradice abiertamente el texto de la norma, así como su propósito y razón, que al contrario prevé expresamente un procedimiento no contencioso. Pero además, esa afirmación, en realidad, no resultó de evaluación constitucional alguna que hubiera llevado al juez a concluir que dicha norma era inconstitucional, y que para resolver el caso debía desaplicarla dando preferencia a una norma constitucional; sino que al contrario, a pesar de dicha afirmación tan tajante y errada, contrariando el texto expreso de la ley, concluyó aplicando la norma, siendo incluso la única que supuestamente aplicó para resolver el caso, pero vaciándola de contenido y cambiando su texto.

VII

La sentencia dictada por el Juez de Municipio, además, y en una forma incomprensible, se dictó contrariando abiertamente la decisión que un Juzgado Superior que se había dictado un mes antes en el caso,

con motivo de un conflicto de competencia que se había planteado entre un tribunal de primera instancia y el Juzgado de Municipio, precisamente por el mismo tema de carácter del procedimiento.⁷ El Juzgado Superior Séptimo, en la sentencia dictada el 10 de abril de 2013, al resolver que en el caso, el tribunal con competencia para conocer del procedimiento previsto en el artículo 185-A del Código Civil era del Juzgado de Municipio, lo hizo luego de precisar que conforme a dicha norma, “la no comparecencia o la negativa del cónyuge notificado sobre los hechos no puede en modo alguno considerarse una oposición por cuanto en el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria no admite oposición por parte del cónyuge no solicitante, pues la norma es clara al señalar que el proceso culmina si el cónyuge niega el hecho,” por lo que, “la negativa de los hechos realizada por la cónyuge del solicitante no lo constituyen en un divorcio contencioso” (folio 390).

El Juzgado Superior Séptimo consideró como un verdadero “dislate” que el Juez de Municipio hubiera “instruido el procedimiento en forma ajena a las regulaciones legales previstas y posibles para este tipo de acción en la normativa positiva venezolana” (folio 391), calificando de “error” esa instrucción irregular (folio 392), afirmando que el único juicio contencioso para disolver el vínculo matrimonial es “el juicio de divorcio y el procedimiento contencioso de separación de cuerpos y bienes” previsto en el Código de procedimiento Civil, siendo el previsto en el artículo 185-A del Código Civil una alternativa de disolución de dicho vínculo “de mutuo acuerdo” (folio 391). De ello concluyó el Juzgado Superior que:

“resulta inadmisibles que es este caso se hubiese tramitado una solicitud de divorcio propuesta conforme al 185-A del Código Civil, como si se tratase de un asunto contencioso, permitiendo a las partes ejercer facultades no sólo más allá de las permitidas en la ley, sino más allá de las deseadas por el legislador, violentando absolutamente el orden público que regula la normativa y régimen del matrimonio, en este caso, el de su disolución.” (folio 392).

En el caso concreto, el Juzgado Superior Séptimo apreció que “no existiendo mutuo consentimiento entre los cónyuges de cara a la decisión que debía disolver el vínculo en el procedimiento iniciado a tenor del artículo 185-A del Código Civil,” habiendo sido negados los hechos por el cónyuge distinto al solicitante y habiendo el Ministerio Público manifestado oposición a la solicitud, “ninguna articulación o posibilidad de trámite cognitivo podía dársele a este procedimiento, pues eso es tanto como crear un procedimiento no previsto en la Ley, desconociendo el contenido y orden expresa establecida en la Ley positiva, ex artículo 185-A del Código Civil, lo que resulta a todas luces inadmisibles” (folio 393).

Y de todo ello concluyó el Juzgado Superior Séptimo pronunciándose “contra los vicios que infectan el proceso,” considerando “que en el caso de que se dictara sentencia en un proceso que se ha tramitado como este, inexorablemente se obtendría una decisión absoluta y radicalmente nula, al estar en contravención con una norma positiva expresa que no permite dar el trámite contencioso que se le está dando a este asunto” (folio 393).

VIII

Y ello fue precisamente lo que el Juez de Municipio hizo en su sentencia de 13 de mayo de 2013, alzándose además contra lo decidido por el Juez Superior, en la cual, al cambiar el carácter no contencioso del procedimiento previsto en el artículo 185-A y convertirlo en un proceso contencioso, llegó a equiparar la negación del hecho de la separación por el cónyuge distinto al solicitante prevista en la norma, a un alegato de reconciliación como si se tratara de “cualquier procedimiento de divorcio,” donde, afirmó, “se hace necesario aportar las pruebas que demuestran la existencia de tal causal” (folio 520).

Partiendo de esta absurda distorsión del procedimiento legalmente prescrito, en contra de la doctrina que un mes antes había sentado en el caso el Juzgado Superior Séptimo, el Juez de Municipio concluyó en la sentencia que se comenta, afirmando en contra del texto expreso de la norma, que el procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil tiene “naturaleza contenciosa” (folio 520 in fine), indicando que:

“al ser alegada dentro del procedimiento la reconciliación de los cónyuges o la inexistencia de una separación fáctica por más de 5 años, procede entonces la apertura de una articulación probatoria como la establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil” (folios 520, 521).

⁷ Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área metropolitana de Caracas, Exp. AP71-R-2013-000224.

Con ello, al hacer esta equiparación ilegal entre un procedimiento no contencioso y un juicio contencioso de divorcio, el Juez de Municipio, en esta sentencia y con esa consideración, violó el derecho al debido proceso del cónyuge distinto al solicitante en los casos en los cuales conforme al artículo 185-A del Código Civil niega el hecho de la separación alegada, al exigirle que en tal caso, como si fuese un alegato de “reconciliación,” en un juicio contencioso de divorcio, debe probar tal hecho negativo de que no hubo la separación alegada en la solicitud. Ello además es contrario a los más elementales principios que rigen las pruebas en el proceso y que se resumen en las siguientes conocidas expresiones latinas que es bueno recordar: *Factum negatis nulla est probatio*. *Factum negatis probatio nulla sit* (Del hecho que niega no existe probación alguna); *Negantis probatio nulla est* (Para los que niegan no existe ninguna prueba); *Impossibilium nulla obligatio est* (No existe obligación alguna de las cosas imposibles).

En el procedimiento concreto que originó la decisión del Juez, por otra parte, de las actas del expediente resulta que no es cierto que el cónyuge distinto al solicitante, haya asumido una “posición de negar que hayan surgido diferencias irreconciliables entre los cónyuges” (folio 521), como sin fundamento alguno lo afirmó el Juez, ya que a lo que dicho cónyuge se limitó a hacer fue a negar los hechos alegados por el cónyuge solicitante ejerciendo el derecho que expresamente le otorga el artículo 185-A del Código Civil, derecho que el juez en su sentencia le negó.

El ejercicio de ese derecho por parte del cónyuge distinto del solicitante – a negar los hechos -, a lo que conducía legalmente conforme al mencionado artículo 185-A, era a la necesaria y obligatoria decisión del juez, precisamente para salvaguardar el derecho a la defensa y al debido proceso, de dar por terminado el procedimiento no contencioso y archivar el expediente, dejando en manos de las partes acudir, si era su decisión, al proceso contencioso de divorcio de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil ante el Juez de Primera Instancia competente.

No le era dable al Juez de Municipio reformar el artículo 185-A del Código Civil, convertir el procedimiento no contencioso previsto en dicha norma en un proceso contencioso de divorcio, y usurpar así la competencia de los jueces de primera instancia.

Con esta decisión, al declarar con lugar el divorcio en forma contraria al artículo 185-A del Código Civil, el juez de Municipio violó además el derecho del cónyuge distinto al solicitante a ser juzgado por el juez natural garantizado en el artículo 49.4 de la Constitución, que, en caso de divorcio mediante un proceso contencioso, es el juez de primera instancia en lo civil.

IX

Por otra parte, el Juez de Municipio, para adoptar su decisión *aplicando el artículo 185-A del Código Civil*, pero reformando y cambiando su texto, contenido y propósito, argumentó que el “verdadero problema” de dicho artículo “para la tramitación de esta solicitud de divorcio” (folio 521), - argumento que demuestra que no fue una abstracción la que guio su decisión como se hubiera requerido de un juez constitucional respecto de las solicitudes de divorcio conforme a esa norma -, es que el procedimiento en la misma previsto, dijo el juez:

“dispone que una de las partes podría privar a la otra de obtener la declaratoria de disolución del vínculo matrimonial al permitirle que por su sola voluntad se extinga el procedimiento” (folios 521-522).

La afirmación, por supuesto, no sólo parte de una premisa contraria a la esencia del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes que, como lo indica la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada por el propio Juez, exige que se ejerza “en interés ajeno al propio beneficio de su titular, esto es, se ejerce en protección del interés general” (folio 524), y no “de ésta solicitud de divorcio” (folio 521); sino que también parte de un falso supuesto, pues en el caso del artículo 185-A del Código Civil, es el Legislador el que ha dispuesto que si el cónyuge distinto al solicitante “negare el hecho” entonces el Juez debe dar por terminado el procedimiento. Y esa regulación legal, en forma alguna priva a ninguno de los cónyuges de la posibilidad de obtener una declaratoria de disolución del vínculo matrimonial; solo que deben obtenerlo por las vías ordinarias contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico, ante el juez de primera instancia mediante un juicio contencioso de divorcio, y no ante un Juez de Municipio en un procedimiento no contencioso.

X

El Juez de Municipio, en su sentencia, agregó, además, para tratar de justificar la “reforma” que en su decisión efectuó del mencionado artículo 185-A del Código Civil, que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999:

“no puede tolerarse la existencia de un procedimiento en el cual una de las partes no pueda obtener que se tutelen judicialmente sus derechos, alegar y probar en su favor cuando la otra parte haya contradicho los hechos alegados en su petición y obtener una decisión judicial, que con fuerza de cosa juzgada, dirima la controversia planteada” (folio 522).

Ante esta afirmación debe indicarse que no es cierto que con la regulación del procedimiento no contencioso del artículo 185-A del Código Civil se prive a los cónyuges de las garantías judiciales para la tutela efectiva y defensa de sus derechos e intereses, que están previstas en el proceso de divorcio ante el juez de primera instancia que establece el Código de Procedimiento Civil, que es el proceso que por voluntad del Legislador se establece en el mismo en materia de juicios de divorcio, como “instrumento fundamental para la realización de la justicia” en los términos del artículo 257 de la Constitución.

Por ello, lo decidido por el Juez de Municipio en su sentencia, transformando un procedimiento no contencioso y pretender convertirlo en un proceso contencioso de divorcio, pero sin haber desarrollado un verdadero proceso, usurpando la función del juez de primera instancia en lo civil, ignorando la opinión vinculante del Ministerio Público, y contrariando lo decidido en el caso por un Juzgado Superior, lo en realidad se configura es en una violación flagrante del derecho al debido proceso del cónyuge distinto al solicitante.

XI

Para tratar de justificar la arbitrariedad judicial cometida de modificar el artículo 185-A del Código Civil para aplicarlo a un caso concreto y específico en beneficio del solicitante, el Juez indicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución:

“no es posible contemplar la posibilidad de aplicar un procedimiento que impida a una de las partes tutelar efectivamente sus derechos, en particular el derecho a solicitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial, por la sola voluntad de la parte contra la cual se pretende hacer obrar este derecho” (folio 526).

Ante esta afirmación debe observarse, ante todo, que el artículo 334 de la Constitución nada establece sobre los procedimientos y procesos judiciales, de manera que la sola norma no podría invocarse para ejercer el control difuso de constitucionalidad, que exige indicar el artículo constitucional que se pretende aplicar preferentemente a la norma legal que se considera inconstitucional, y que, por tanto, el Juez decide desaplicar para decidir el caso. En este caso, en la sentencia del Juez de Municipio, dicha norma constitucional de supuesta aplicación preferente no se indicó, y, además, la norma que se consideraría supuestamente contraria a la Constitución no se desaplicó, sino más bien, fue la única que el juez aplicó para adoptar su decisión.

XII

Por otra parte, debe mencionarse que lo argumentado por el juez, puso además en evidencia la violación más absoluta del artículo 21 de la Constitución que garantiza el derecho a la igualdad ante la ley; y de los artículos 255, in fine y 256 de la Constitución que exigen que los jueces decidan y actúen con imparcialidad, pues como se expresa en el texto antes mencionado de la sentencia, la misma sólo se dicta para la supuesta salvaguarda de los derechos del solicitante en la petición de divorcio formulada conforme al artículo 185-A del Código Civil, ignorando totalmente *el derecho previsto también en dicha norma del cónyuge distinto al solicitante del divorcio*, que es el derecho de negar el hecho alegado en la solicitud y, como consecuencia, el derecho de que en tal caso se dé por terminado el procedimiento no contencioso y se archive el expediente como lo impone la ley.

Olvidó deliberadamente el Juez de Municipio que el artículo 185-A del Código Civil, en efecto, no sólo establece el derecho de un cónyuge de solicitar el divorcio conforme a dicha norma, que tanto se ha afanado el juez en “tutelar,” violando para ello, con su arbitraria sentencia, la misma norma legal y la Constitución; sino que dicha norma del Código Civil, que el juez aplica, también consagra el derecho del cónyuge distinto al solicitante, tanto de negar el hecho formulado en la petición, como de obtener con ello que el juez declare terminado el procedimiento y ordene archivar el expediente, a lo que está obligado el juez; derecho que en forma alguna priva al cónyuge solicitante de su derecho a la tutela judicial efectiva y entablar un juicio de divorcio mediante el proceso contencioso de divorcio que regula el Código de Procedimiento Civil.

Al decidir el juez en su sentencia aplicando el artículo 185-A del Código Civil, pero limitándose a proteger exclusivamente el derecho del cónyuge solicitante del divorcio, pero ignorando y desprotegiendo el derecho del cónyuge distinto al solicitante también consagrado en el mismo artículo, que – se insiste - el juez aplicó, lo que puso en evidencia fue una absoluta parcialidad a favor del solicitante en perjuicio del otro cónyuge, violando el derecho a la igualdad de las partes que condiciona todo proceso judicial y que garantiza el artículo 21 de la Constitución, en cual también ha sido quebrantado con la sentencia.

XIII

Por último, debe mencionarse que la sentencia del Juez de Municipio, al violar normas de orden público como la que establece el artículo 185-A del Código Civil, al trastocar el procedimiento que regula, en particular violó además la norma del artículo 285.1 de la Constitución que asigna al Ministerio Público la función de “garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales,” razón por la cual la mencionada norma del Código Civil exige en el procedimiento no contencioso en él previsto, no sólo que se cite al Ministerio Público enviándole copia de la solicitud indicativa del hecho de la separación alegada, sino que “si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.”

Esta es una norma imperativa, que, además, tiene relación con las competencias del Ministerio Público, que son de orden público. Basta que el Ministerio Público objete la solicitud, incluso independientemente de que el cónyuge distinto al solicitante no negare el hecho, para que el juez esté obligado a terminar el procedimiento.

En el caso, incluso el Juzgado Superior que resolvió el conflicto de competencia en su sentencia antes mencionada expresamente advirtió que constaba en actas, la opinión del Ministerio Público, “tercero de buena fe, y a los fines de este procedimiento, garante del orden público asociado a la figura del matrimonio, que en fecha 22 de febrero de 2013, consignó opinión en la que expresó que el presente procedimiento debió ser cerrado y archivado el expediente” (folio 392).

Pero todo ello no sólo lo ignoró el Juez de Municipio en su afán de proteger sólo el derecho del solicitante de divorcio conforme al artículo 185-A del Código Civil, sino que llegó a afirmar, violando abiertamente dicha norma, que “la oposición realizada por el Fiscal del Ministerio Público, por si sola, no produce la terminación del proceso” (folio 529), lo cual no es cierto.

El Juez, sin embargo, citó algunos autores y una sentencia para tratar de reforzar su ilegal aserto, en las cuales lo que en realidad se indica es que la objeción del Ministerio Público en estos casos debe ser “fundamentada y probada” considerándose la posibilidad para los jueces de desechar dichas objeciones sólo cuando sean “infundadas” (folio 530). Aún cuando ello no está indicado en la norma, en todo caso, para desechar una objeción del Ministerio Público en estos procesos, si se hubiese atendido a esas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, lo mínimo que el Juez de Municipio debía haber hecho era fundamentar su decisión de ignorar la objeción del Ministerio Público lo que le exigía razonar porque la consideró “infundada.” Sobre ello, sin embargo, ni una palabra se consigue en la sentencia.

En fin, a la vista de tantas inconstitucionalidades e ilegalidades cometidas por el Juez de Municipio, lo que queda claro es que con decisiones como la que comentamos, en realidad, lo que estamos es en presencia, no de la aplicación por el juez ordinario del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, de larga tradición en Venezuela, sino de un ejemplo de cómo un juez ordinario, no debe ejercerse esa potestad.

New York, mayo 2013

2013

37. 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° 134, abril-junio 2013,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 205-216

Resumen: *En el ordenamiento constitucional venezolano, la “República” es una de las personas territoriales del Estado Venezolano, con ámbito de competencia nacional, que se diferencia de los Estados y Municipios, que son las personas jurídicas con competencias en sus respectivos niveles territoriales. La “Nación,” en cambio, es un concepto político y sociológico, carente de personalidad jurídica, que no puede confundirse con la República como lo ha hecho erradamente la Sala Constitucional.*

Palabras Clave: *República. Nación. Estado. Personas jurídicas.*

Abstract: *In the Venezuelan constitutional system, the “Republic” is one of the territorial legal persons of the Venezuelan State, with national jurisdiction, different to the States and Municipalities that are legal persons with jurisdiction in their respective territorial levels. The “Nation,” instead, is a political and sociological concept, without legal personality, that cannot be mix with the Republic as the Constitutional Chamber has erroneously done.*

Key words: *Republic. Nation. State. Legal Persons.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1080 de 7 de julio de 2011,¹ luego de analizar el “régimen estatutario de derecho público del derecho agrario,” constató que el “derecho a la seguridad agroalimentaria” se había levantado como un “nuevo paradigma en la sociedad venezolana” en el artículo 305 de la Constitución, en el cual, además se dispuso como principio que “La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación.”

La Sala Constitucional, sin embargo, cuestionó que en dicha norma se hubiese utilizado el término “Nación,” precisamente para referirse a la “sociedad venezolana,” y dijo al interpretar dicho artículo 305, que debía:

“[...] la Sala aclarar que el Constituyente en el artículo 305 eiusdem cometió un error, al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República”.

Por supuesto, en este caso, el Constituyente no cometió error alguno, ni el artículo 305 está errado. El error, y garrafal, es el que cometió la Sala Constitucional al confundir a la “Nación” con la República o con el Estado.

¹ Sentencia N° 1080/2011 dictada con motivo de la revisión constitucional de una sentencia dictada por un Juez Superior Agrario en la cual desaplicó los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil en un proceso agrario. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1080-7711-2011-09-0558.html>

El artículo 305 de la Constitución, en efecto, está destinado a regular los principios de la seguridad alimentaria y del desarrollo agrícola, a cuyo efecto el Constituyente deliberadamente utilizó los términos “Estado” y “Nación” en dos sentidos diferentes, por una parte, al establecer, obligaciones asignadas a los entes públicos; y por la otra, al definir los objetivos de políticas públicas, en la forma siguiente:

En el primer sentido, en efecto, la noma precisó una serie de obligaciones a cargo del Estado, en particular, las de promover la agricultura sustentable como base del desarrollo rural integral; las de dictar las medidas necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento; y las de proteger los pescadores artesanales y caladeros de pesca en las costas.

En el segundo sentido, la norma definió como marco general de política pública en materia de seguridad alimentaria y desarrollo agrícola, declarando como se indicó, que “la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación.”

Es evidente de dicha norma, que ambos términos, Estado y Nación, fueron utilizados con sentido diferente: la palabra Estado, para referirse al conjunto de entes públicos, que en definitiva son sujetos de derecho público, a los cuales se asignan obligaciones públicas que deben cumplir; y la palabra Nación, para referirse al objetivo final del cumplimiento de sus obligaciones por el Estado, que como política pública no es otro que lograr el desarrollo de la “Nación” en el sentido de la globalidad de la sociedad venezolana.

Por tanto, la Sala Constitucional no tiene nada que “aclarar” y menos señalar que el Constituyente supuestamente habría cometido un “error” al utilizar correctamente la palabra “Nación” en dicha norma, precisamente en su sentido propio como “término eminentemente sociológico” para distinguirlo de Estado, como término jurídico que apunta a identificar sujetos de derecho público.

No sólo el error no existe, sino que, de existir, la propia Sala Constitucional habría incurrido en él, en su propia sentencia, cuando en párrafos anteriores, utilizando precisamente las mismas expresiones “Estado” y “Nación” indicadas en el artículo 305, pero respecto de la “competencia agraria,” puntualizó que la Constitución había concebido

“una reforma del marco institucional del **Estado**, que traza una redefinición estructural del arquetipo para el desarrollo de la **nación** y, particularmente de las competencias del Estado -los órganos del Poder Público- (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08), la legislación vigente y la **sociedad**, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados.”²

Al atribuir erradamente un “error” al Constituyente, la Sala Constitucional no se percató de que ella misma, en la misma sentencia, en párrafos anteriores a su desacertada afirmación, había incurrido en el mismo supuesto ‘error.’

En todo caso, la acusación infundada de la Sala Constitucional amerita aclararle, para evidenciar su propio error que precisemos, en el ordenamiento constitucional venezolano, el significado y alcance de los términos: Estado, República y Nación, los cuales se utilizan a lo largo del articulado de la Constitución con sentido esencialmente diferente, particularmente en relación con el tema de la personalidad jurídica en derecho público.³

I. EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

El “Estado” en Venezuela es un término que se utiliza en la Constitución para identificar a Venezuela como la comunidad política independiente (art. 1) organizada como Estado federal descentralizado (art. 4), denominada “República Bolivariana de Venezuela” (art. 1), con su sistema de gobierno (art. 6) y agrupando a sus habitantes en el territorio nacional (art. 16). Aun cuando sólo los ciudadanos son los que tienen derechos políticos para la elección de sus autoridades como sus representantes (Art. 40), excepcionalmente, sin embargo, los extranjeros tienen derecho a voto en las elecciones estatales y municipales (Art. 64).

² *Idem.*

³ Sobre lo cual nos hemos ocupado repetidamente durante las últimas décadas, en Allan R. Brewer-Carías, -Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999- en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54; -El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999- en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, pp. 99-121; -La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho- en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires 1977, pp. 15-29, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 115-135.

En esta forma, el Estado, así considerado, se lo identifica en la Constitución utilizándose dos términos jurídicos: el de Estado y el de República Bolivariana de Venezuela, teniendo dos ámbitos de proyección: uno, en el orden internacional, como sujeto de la comunidad internacional; y otro, en el orden interno, integrado por un conjunto de personas jurídicas o sujetos de derecho público que derivan de la organización política y territorial del Estado.

1. *El uso de la palabra Estado en la Constitución*

En una sentencia dictada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia No. 285 de 4 de marzo de 2004, al interpretar con carácter vinculante el artículo 304 de la Constitución, la misma señaló:

“El Estado, al menos entre nosotros, es visto como la personificación de la República a efectos internacionales (en el entendido de que sólo la República tiene poder para las relaciones exteriores) e incluso como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales (como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en común; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente).”⁴

Es decir, la palabra Estado se utiliza para identificar, por una parte, al Estado venezolano o a la República Bolivariana de Venezuela como sujeto de derecho internacional; y como la representación del conjunto de personas jurídicas de derecho público estatales que lo integran en el orden interno, y que son la República como persona jurídica estatal en el ámbito nacional, los Estados de la federación como personas jurídicas estatales en el ámbito estatal y los Municipios como personas jurídicas municipales en el ámbito municipal. Como lo dijo la misma Sala Constitucional en la sentencia antes citada de 2004: “en Venezuela existe una división político-territorial a tres niveles –República, Estados y Municipios-, y los entes de cada uno de ellos gozan de personalidad jurídica (la República, que es una sola; 23 Estados y 335 Municipios).”⁵

En relación con la utilización de la palabra “Estado” en la Constitución, en su proyección hacia el ámbito interno, por ejemplo, se la emplea para establecer la responsabilidad patrimonial (Art. 140) o para prever obligaciones prestacionales por ejemplo en materia de salud o educación (Arts. 83 y 102), casos en los cuales, por supuesto, las normas se refieren en global y en conjunto a todas las personas que en el ámbito interno puedan configurar al Estado, es decir, a la República, a los estados de la Federación, a los municipios, al Distrito capital y a los distritos municipales.

El “Estado”, en ese contexto, no sólo es la “República” como persona jurídica nacional, sino el conjunto de entidades o comunidades políticas que conforman la organización política de la sociedad venezolana. Es en este sentido global que la Constitución también utiliza la expresión “Estado” en el Preámbulo y en los artículos 2; 3; 4; 5; 15; 19; 26; 29; 30; 31; 43; 46; 49,1,8; 52; 55; 56; 59; 62; 67; 75; 76; 78; 79; 80; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 89; 89,6; 91; 94; 96; 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 106; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 125; 126; 127; 128; 129; 135; 136; 140; 142; 145; 152; 156,32; 189,1,3; 211; 226; 272; 274; 281,2; 281,9; 285,4; 299; 305; 306; 307; 308; 309; 310; 312; 318; 321; 322; 326 y 347. Esta puede decirse, por tanto, que es la regla en la Constitución, es decir, la utilización de la palabra “Estado” principalmente para calificar a Venezuela como la globalidad de su comunidad política; siendo excepcionales los casos en que se utiliza la expresión para identificar a una sola de las personas jurídicas que conformen al Estado en el ámbito interno.

Este último es el caso, por ejemplo, de los artículos 37; 49,8; 250; 251; 254; 273; 301; 302; 313; 320; 324 y 328 de la Constitución donde se utiliza la expresión “Estado” pero para referirse, en realidad, sólo a una de las personas jurídicas del Estado en el ámbito interno, a la “República” como persona jurídica político territorial nacional.

2. *El uso de la expresión República Bolivariana de Venezuela en la Constitución*

Por otra parte, como se dijo, la Constitución también utiliza para identificar al Estado, globalmente considerado, la expresión “República Bolivariana de Venezuela,” lo que ocurre, por ejemplo, los artículos 1, 4 y 6 de la Constitución, al referirse a la “República Bolivariana de Venezuela” como Estado independiente, al Estado Federal descentralizado o para determinar los principios del gobierno. En esos casos, los

⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279. Véase igualmente en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/285-040304-01-2306%20.htm>

⁵ *Idem*.

artículos se refieren al “Estado” venezolano como organización política de la sociedad que comprende a la República, a los estados y a los municipios y demás entidades locales. En igual sentido los artículos 69; 186; 299; 318 emplean la expresión “República Bolivariana de Venezuela” como sinónimo de “Estado.”

Sin embargo, también en este caso de la frase República Bolivariana de Venezuela, se pueden encontrar normas de la Constitución donde se la utiliza para referirse sólo a una de las personas jurídicas que en el orden interno organizan al Estado, es decir a la República como persona jurídica “nacional,” en contraposición con los Estados y los Municipios, como sucede en los artículos 312 y 315 cuando se refiere a la “República Bolivariana de Venezuela.” En estos casos, en realidad las normas se refieren a la República como persona jurídica nacional y no a las diversas personificaciones del Estado.

En otros casos, en lugar de República Bolivariana de Venezuela para identificar al “Estado” como titular del Poder Público (en todas sus ramas nacional, estatal y municipal) y comprensivo de las diversas personas jurídicas políticos territoriales que lo comprenden (República, estados, municipios y otras entidades locales), se ha recurrido a la palabra “República” como ocurre en el Preámbulo de la Constitución y sus artículos 8, 10, 11, 19, 32, 36, 50 y 278.

Por todo lo anterior, y a pesar de algunas inconsistencias, no en todos los casos los conceptos, Estado y República, tienen el mismo significado,⁶ y menos aún con el concepto de Nación.

II. LA REPÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA NACIONAL Y LAS OTRAS PERSONAS ESTATALES EN EL ÁMBITO INTERNO

Conforme a la Constitución, como se ha dicho, el Estado, en el ámbito interno, está configurado por un conjunto de personas jurídicas políticos territoriales, que como entidades o comunidades políticas resultan de la distribución vertical del Poder Público en el territorio y que conforman, por tanto, la división político territorial del Estado venezolano.

En este campo, en particular, la forma federal del Estado venezolano como sistema de descentralización político en tres niveles territoriales, es la que origina estas personas jurídicas de derecho público, cuyo establecimiento, en definitiva, lo hizo el Constituyente al sancionar la Constitución, y que son:

(i) *la República*, concebida aquí como una de las personas jurídicas en el ámbito interno (no confundible, en general, con el “Estado” o con la “República Bolivariana de Venezuela”), cuyos órganos ejercen el Poder Público Nacional y cuyo ámbito de actuación territorial es todo el territorio nacional;

(ii) los *23 estados* federados, cuyos órganos ejercen el Poder Público Estatal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada estado de acuerdo a la división político territorial de la República, y

(iii) los *municipios*, cuyos órganos ejercen el Poder Público Municipal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada municipio de acuerdo a las leyes de división territorial de cada estado de la federación. También constituyen personas de derecho público político territoriales, el Distrito Capital y los distritos municipales y, en particular, el Distrito Metropolitano de Caracas⁷ y el Distrito del Alto Apure⁸, cuyos órganos también ejercen el Poder Municipal.

Todas estas personas jurídicas político-territoriales, por supuesto, son personas jurídicas *estatales*, en cuanto a que conforman la organización política del Estado venezolano.

Ahora bien, concentrándonos en la comunidad política nacional con personalidad jurídica sujeto de derechos y obligaciones, cuyos órganos son los que ejercen el Poder Público Nacional, la Constitución, en general y como se ha dicho, la identifica con el término “República.” Esta es la persona jurídica político territorial nacional, como titular del Poder Público Nacional y, por tanto, diferenciada de los estados y municipios, siendo como se dijo, en este sentido, que se emplea en general el término “República” en la mayoría de las normas constitucionales. Es el caso de los artículos 11; 18; 19; 129; 145; 152; 153; 154; 155; 236,4; 253; 266,4; 267; 324; 336,5 de la Constitución.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid 1985, pp. 571 y ss, donde se critica la sentencia de la Sala Político Administrativa de 20-01-83, (Véase *Revista de Derecho Público*, N° 13, Caracas, 1983, pp. 110-163), en la cual se confunden inadecuadamente, dichos conceptos.

⁷ Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, *Gaceta Oficial* N° 36.906 de 08-03-2000.

⁸ Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure (Ley N° 56), *Gaceta Oficial* N° 37.326 de 16-11-2001.

Esa personalidad jurídica nacional surge de la Constitución, aun cuando no haya una norma constitucional que señale expresamente que la República “es una persona jurídica,” o que tenga personalidad jurídica como, en cambio, sí lo señala respecto de los estados (Art. 159) y respecto de los municipios (Art. 168).

En todo caso, la referencia a la República como persona jurídica nacional, por ejemplo, deriva de los artículos 129 y 145 que la identifican como sujeto de derecho contractual, sin necesidad de acudir a la vieja ficción del Fisco como persona, conforme lo regulaba la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional; norma que fue expresamente derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Ahora bien, la República, como persona jurídica, actúa a través de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional en sus cinco ramas: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral (Art. 136). En particular, la República actúa a través de la Asamblea Nacional, integrada por diputados electos que ejercen el Poder Legislativo Nacional; del Presidente de la República, también electo popularmente y del vicepresidente de la República, de los ministros, del Procurador General de la República y demás órganos ejecutivos, los cuales ejercen el Poder Ejecutivo Nacional; del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales, los cuales ejercen el Poder Judicial; del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo, los cuales ejercen el Poder Ciudadano; y del Consejo Nacional Electoral, que ejerce el Poder Electoral. Todos estos son órganos de una y única persona jurídica que es la República, y ninguno de dichos órganos, por tanto, tiene ni puede tener personalidad jurídica propia.

Todos estos órganos, por tanto, al actuar, actualizan la personalidad jurídica de la República aun cuando, por supuesto, ésta se manifiesta fundamentalmente cuando actúan los órganos de la Administración Pública en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Es en todo caso, en este contexto de la expresión “República” como referente a la persona jurídica pública nacional, que puede decirse como lo ha dicho la Sala Constitucional en sentencia No. 794 de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2011, que en el texto constitucional hay una “asimilación entre lo nacional y la República;”⁹ no siendo correcto en absoluto decir, como también lo ha dicho la Sala Constitucional, que “Nación es República, de la misma forma en que nacional es lo que a esa República se concede o le interesa.”¹⁰

Es insólitamente simplista asociar lo que son competencias “nacionales” (de los entes u órganos nacionales) establecidas en la Constitución con el término “Nación,” sobre todo cuando éste en todos los casos en los cuales se usa y no excepcionalmente como lo afirma la Sala Constitucional, para usar su propia terminología se “emplea como sinónimo de pueblo.” Es decir, en ninguno de los artículos en los cuales el Constituyente utilizó la palabra “Nación” lo hizo refiriéndose a la “República” como persona jurídica nacional. Siempre lo hizo correctamente, es su acepción sociológica.

III. LA NACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

En efecto, cuanto al término Nación, en la Constitución se lo utiliza en general como un concepto sociológico o socio político, referido a la sociedad venezolana en su conjunto, como comunidad organizada y con su población asentada en un territorio, con sus propias y definidoras características y tradiciones históricas y culturales que la han moldeado durante más de doscientos años.

Ese concepto de Nación no apunta a ninguna persona jurídica específica, ni a identificar ningún sujeto de derecho público específico. No se refiere en general, ni al Estado venezolano o a la República Bolivariana de Venezuela, ni a sus personas territoriales, como la República, los Estados o los Municipios. Se refiere a la sociedad venezolana como comunidad organizada con todos sus componentes, incluso los que configuran al Estado. Por tanto, esencialmente, no es posible confundir la Nación con el Estado ni con la República como persona jurídica nacional.

⁹ Caso, avocamiento procesos penales y desaplicación por control difuso del artículo 231 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

¹⁰ *Idem.*

Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia No. 285 de 4 de marzo de 2004, al interpretar el artículo 304 de la Constitución sobre la declaración de las aguas como del “dominio público de la Nación” se refirió al concepto de Nación, como

“un vocablo de indudable interés jurídico, pero que tiene un sustrato sociológico: es una forma de referirse a un pueblo, entendido como tal aquél que la Teoría General del Derecho Público exige como uno de los tres elementos definidores del Estado: un conjunto de personas que, sin necesidad de vínculos concretos entre sí, tienen un sentimiento de cercanía que les une indefectiblemente.”¹¹

El artículo 304 de la Constitución en efecto declara que “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo.” La norma no declaró que fueran del dominio público del “Estado” ni de la “República,” ni de alguna otra persona jurídico pública; las declaró del dominio público “de la Nación,” es decir de todos, precisamente por ser las aguas insustituibles para la vida y el desarrollo.

Las aguas, en realidad, pertenecen a todos, son por ello esencialmente de uso común conforme a la Ley de Aguas¹² para beber, bañarse o navegar (art. 61.1), la cual además aclara que “el acceso al agua es un derecho humano fundamental” y que “el agua es un bien social” (art. 5). Otra cosa es la gestión y el manejo de las aguas que por supuesto, corresponde a las personas de derecho público que indica la Ley.

Pero sin embargo, luego de identificar el concepto de Nación, tan diferente del de Estado, la Sala Constitucional en dicha sentencia pasó a afirmar sin mayor argumentación lógica ni jurídica que “en Venezuela no existe dificultad en asimilar Nación y Estado, estimándose que la Nación es el pueblo que lo forma,” y así a establecer una interpretación constitucional vinculante dicha norma el artículo 304 de la Constitución¹³ indicando en sentido diametralmente contrario a lo en ella establecido, que “el término Nación debe ser entendido como sinónimo de República” lo cual es un error; garrafal, por cierto.

Para ello, la Sala Constitucional incluso llegó a afirmar, también erradamente, que “en la Constitución venezolana figura escasamente el término Nación,” siendo el artículo 304 “una de las contadas normas que lo recogen.” Nada más errado.

Al contrario, la Constitución usa el término Nación en muchos artículos, y en todos ellos, bien diferenciado del término Estado o República. Así resulta de los siguientes artículos donde la Constitución usa la palabra Nación: El artículo 1, cuando identifica los “derechos irrenunciables de la Nación” (la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional); el artículo 9, cuando indica que los idiomas indígenas constituyen “patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad;” el artículo 41 cuando se refiere a los Ministros “de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación;” el artículo 99, cuando dispone la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los “bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación;” el artículo 109, al regular a la Universidad y su autonomía, “para beneficio espiritual y material de la Nación;” el artículo 113 al regular la explotación de los “recursos naturales propiedad de la Nación;” el artículo 126, al declarar que los pueblos indígenas “forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible;” el artículo 130, al establecer los deberes de los venezolanos de “resguardar y proteger[...] los intereses de la Nación;” el artículo 187.8, al atribuir a la Asamblea Nacional competencia para “aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación;” el artículo 187.8, al atribuir también a la Asamblea Nacional competencia para “autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes

¹¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279.

¹² Véase en *Gaceta Oficial* No. 38.595 de 2-1-2007. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Ley de Aguas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

¹³ Fue por ello que recogiendo esa -interpretación vinculante,- al citar la sentencia de la Sala Constitucional, indiqué en 2005 que -La República, en la normativa constitucional, como persona político territorial nacional equivale a la Nación, en los términos de titularidad, por ejemplo, del dominio público sobre las aguas.- Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 366 y ss. La afirmación, insisto, la hice al recoger lo decidido por la Sala Constitucional, pero con cuyo contenido no estaba ni estoy de acuerdo, particularmente en relación con el tema de la declaratoria del dominio público de las aguas. Véase Allan R. Brewer-Carías, -La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano- en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, pp. 157-169; y -El régimen de las aguas en Venezuela. Efectos de su declaratoria general y constitucional como bienes del dominio público,- en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (Coord), *Régimen jurídico del agua. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 33-86

inmuebles del dominio privado de la Nación;” el artículo 236. 23, al atribuir al Presidente de la República, competencia para “convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación;” el artículo 304, al declarar que “todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo;” el artículo 305, al declarar que “la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación;” el artículo 309, al disponer que exigir “la artesanía e industrias populares típicas de la Nación, gozarán de protección especial del Estado;” el artículo 318, donde además de regularse al bolívar como “la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela,” se disponen las funciones del Banco Central de Venezuela “para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación;” el artículo 322, en el cual se dispone que “la seguridad de la Nación” si bien “es competencia esencial y responsabilidad del Estado,” está “fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos” y “también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional;” el artículo 323, que se refiere al Consejo de Defensa de la Nación como máximo órgano de consulta “para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico;” el artículo 325 que se refiere a la reserva de “operaciones concernientes a la seguridad de la Nación;” el artículo 326 que regula la corresponsabilidad “entre el Estado y la sociedad civil” en materia de “seguridad de la Nación;” el artículo 327, que vincula la atención de las fronteras con “los principios de seguridad de la Nación;” el artículo 328, que concibe a la Fuerza Armada Nacional como institución “organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación,” que está “al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna;” el artículo 329 que regula los componentes de la Fuerza Armada a cargo de “la defensa de la Nación;” el artículo 337, sobre la atribución al Presidente de la República para declarar estados de excepción, en “circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación;” el artículo 338 sobre el “estado de alarma” en caso de acontecimientos “que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación,” sobre el “estado emergencia económica” en casos de circunstancias “que afecten gravemente la vida económica de la Nación,” y sobre el “estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación.” Además, la palabra nación se utilizó en la Disposición.

Transitoria Cuarta al disponerse que la ley debía establecer que los miembros del directorio del Banco Central de Venezuela debían representar “exclusivamente el interés de la Nación;” y en la Disposición Transitoria Decimosexta, al referirse al “acervo histórico de la Nación,” y al “Archivo General de la Nación.”

Incluso, se puede apreciar de estas normas, que, en algunas de ellas, al emplear la palabra Nación, en la misma disposición se utiliza la palabra Estado como diferenciada e incluso la palabra República, también como diferenciada. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 126, al declarar que los pueblos indígenas “forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible;” en el artículo 309, al disponer que “la artesanía e industrias populares típicas de la Nación, gozarán de protección especial del Estado;” y en el artículo 318, donde además de regularse al bolívar como “la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela,” se regulan las funciones del Banco Central de Venezuela “para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.”

En ninguno de esos artículos, por tanto, incluyendo los artículos 305 y 306, la expresión Nación significa República como persona jurídica nacional.

Distinto es el tema de la expresión Nación usada en la legislación, sobre todo aquella de origen pre-constitucional. Bien es sabido que, hasta la Constitución de 1961, la palabra Nación era utilizada en el sentido de República, como persona de derecho público nacional, titular del Poder Nacional. Ello se debió a que en la Constitución de 1953 se identificó a lo que es hoy la República como persona jurídica nacional con “Nación,” al punto de que los órganos fundamentales de esa persona político territorial nacional (Nación) se los denominó en la Constitución por ejemplo, como Procuraduría General de la Nación o Contraloría General de la Nación; donde el término Nación era utilizado como equivalente y con el significado de lo que hoy es la República, y en algún caso, como equivalente del Estado.

El ejemplo más clásico de la legislación antigua que emplea el término Nación, como equivalente por ejemplo a República, está en el artículo 19.1 del Código Civil en el cual al regularse las “personas jurídicas” y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos, se hace referencia a “la Nación y las entidades políticas que la componen.”

En esta norma, obviamente, la nación es lo que conocemos hoy como república; ocurriendo lo mismo en el artículo 539 del mismo Código al disponer que “los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares;” y en el artículo 539, al prescribir que “los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado.”

Por ello, por ejemplo, y con razón, desde el punto de vista constitucional, la Sala Constitucional en otra sentencia N° 172 de 18 de febrero de 2001 (Caso: *Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*),¹⁴ al analizar el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil que proviene de las versiones antiguas del mismo, relativo a las costas procesales, que dispone que “Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación”; llegó a la conclusión correcta de “sólo la Nación, la cual se equipara a la República o al Estado, en la terminología legal, no será condenada en costas.”

Para decidir en esta forma, la Sala Constitucional, además, destacó que en sintonía con el referido artículo del Código de Procedimiento Civil estaba el artículo 10 de la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que disponía que: “En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos.” Sobre ello, destacó la Sala, que el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en cambio dispuso que: “La República no puede ser condenada en costas, aun cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos.”

No es un error por tanto que en leyes viejas y de origen preconstitucional se pueda encontrar la palabra nación para identificar a la República. Sin embargo, tal inconsistencia si se pudiera calificar de “error” cuando se trata de leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como fue el caso, por ejemplo, del artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010,¹⁵ en la cual se debió seguir la terminología constitucional.

En efecto, este artículo 5 de dicha Ley, define a la actividad de “intermediación financiera” como aquella “que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República.” Sin duda, el término Nación se utilizó allí incorrectamente, en el sentido clásico de las viejas leyes financieras, pues allí debió decir “República,” razón por la cual, la Sala Constitucional en sentencia de 794 de 27 de mayo de 2011 (Caso, inaplicación del artículo 312 de la ley de Instituciones del Sector bancario), advirtió que debía aclarar que: “el legislador en el artículo 5 *eiusdem* cometió un error al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.”¹⁶

La Sala Constitucional, sin embargo, ignorando la razón fundamental histórica de la utilización en la legislación, sobre todo en la de arraigo preconstitucional, de la expresión Nación en lugar de República, afirmó en la mencionada sentencia de No. 285 de 4 de marzo de 2004 sobre interpretación vinculante del artículo 304 de la Constitución, que “ese significado del término Nación es ya tradicional en Venezuela, al menos en lo referente a la propiedad de los bienes y a la calificación de algunos como del dominio público,”¹⁷ para lo cual citó los antes mencionados artículos 538 y 539 del Código Civil,

¹⁴ Véase Caso: *Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 195 ss.

¹⁵ Véase G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010.

¹⁶ Sentencia N° 794/2011 Caso: *Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios*. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

¹⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279. Véase igualmente en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/285-040304-01-2306%20.htm>

expresando, sin siquiera haber tenido la curiosidad histórica de averiguar de dónde provenía la expresión, que: “Aunque la Sala no interpreta las normas constitucionales con base en disposiciones legales, no puede relegarse al olvido el hecho de que una tradición consolidada ha dado un sentido a las palabras y no es banal el hecho de que precisamente ese sentido se ve reflejado en uno de los textos más antiguos con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico.”¹⁸

Y todo ello, para concluir señalando erradamente que “debe entenderse que el término Nación equivale a República en el artículo 304 de la Constitución.”¹⁹

De allí dedujo su aún más errada afirmación de que “entendida Nación como sinónimo de República, la conclusión sería que las aguas le pertenecen a ella, como ente político-territorial, negándose entonces la titularidad de las mismas por parte de los estados y los municipios, y más aún por parte de los particulares, sin perjuicio de que, por mecanismos típicos del Derecho Público, personas distintas a la República puedan servirse de las aguas.”²⁰

Con esta afirmación, además, la Sala Constitucional evidenció su completa ignorancia sobre el significado de lo que son bienes del dominio público por afectación natural, como lo son precisamente las aguas del mar, de los lagos, de los ríos, de lluvia o subterráneas o lo son las costas, donde no cabe modernamente usar la expresión de que puedan ser de “propiedad” de nadie, como llegó a expresarlo en la misma sentencia al hablar de bienes considerados “*res communes omnium*,” en el sentido de “bienes del uso común de todos, por lo que se justifica la inalienabilidad y la imprescriptibilidad que les caracteriza.”²¹ Pero ignorando esos mismos conceptos concluyó la sentencia señalando en un párrafo por lo demás confuso que: “las aguas son del dominio público de la República, sin perder de vista que ese carácter le exige aprovecharlas en beneficio colectivo, es decir en beneficio del Pueblo. Nación tiene entonces, en el artículo 304 de la Constitución, un doble sentido: propiedad de la República de unas aguas que deben servir a la población en su conjunto.” Así se declara.²²

En fin, como puede apreciarse de todas estas confusas e incoherentes sentencias que se han analizado, y particularmente las que se refieren a las interpretaciones vinculantes de los artículos 304 y 305 de la Constitución, lo que se evidencia es que la Sala Constitucional confundió Nación con República y aún con Estado, habiendo sido entonces la Sala, realmente la que ha cometido un error, y garrafal. Como lo hemos explicado, el Constituyente no cometió error alguno al utilizar la palabra Nación, en su sentido sociológico y político en los artículos 304 y 305 de la Constitución, como tampoco lo cometió en ninguno de los artículos constitucionales en los cuales utilizó dicho término, en su preciso significado eminentemente sociológico.

Por lo demás, y como Constituyente que fui en la Asamblea que elaboró la Constitución de 1999, me veo en la necesidad de recordarle una vez más a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que no es quien para juzgar los supuestos “errores” del Constituyente, ni para enmendar la Constitución en lo que arbitrariamente piensen sus Magistrados que pueda haber estado errada. La Sala Constitucional está sometida a la Constitución, como lo están todos los órganos del Estado, y no tiene competencia para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución, ni los supuestos errores en los cuales piense que hubiera podido haber incurrido el Constituyente, y menos cuando no los ha habido.

¹⁸ *Idem*

¹⁹ *Idem*

²⁰ *Idem*

²¹ *Idem*

²² *Idem*

38. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA ILEGÍTIMA DECLARACIÓN, MEDIANTE UNA “NOTA DE PRENSA,” DE LA “LEGITIMIDAD” DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DEL 14 DE ABRIL DE 2013

Revista de Derecho Público, N° 135, julio-sept. 2013,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 205-216

Resumen: *Este comentario analiza la manera cómo el Tribunal Supremo de Justicia, después de declarar como inadmisibles todas las demandas que se intentaron solicitando la declaratoria de nulidad de la elección presidencial de abril de 2013, terminó sin embargo declarando la “legitimidad” de dicha elección mediante una “nota de prensa.”*

Palabras Clave: *Elección Presidencial. Nulidad de elecciones.*

Abstract: *This article analyzes the way through which the Supreme Tribunal of Justice, after declaring inadmissible all the actions that were filed challenging the presidential election of April 2013, eventually declared the “legitimacy” of such disputed election by means of a “press communiqué.”*

Key words: *Presidential Election. Annulment of Elections.*

Con fecha 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 795,¹ de oficio, y sólo por notoriedad judicial, constató que ante la Sala Electoral se encontraban en sustanciación siete procesos contencioso electorales, en los expedientes identificados con los números AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-000031 y AA70-E-2013-000033, en los cuales se habían impugnado las referidas elecciones de 14 de abril de 2013.

La Sala, en atención a dichas impugnaciones, procedió, de oficio, a quitarle a la Sala Electoral el conocimiento de las causas, y a fundamentar el avocamiento de dichas causas analizando en el capítulo “Único” de la sentencia, el artículo 25.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, en el cual se definió dijo, como “competencia privativa de esta Sala Constitucional,” la de “avocar las causas en las que se presume violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.”

Se trata, como lo identificó la Sala en la sentencia, de una “extraordinaria potestad, consecuente con las altas funciones que como máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental” que se han asignado a esta Sala Constitucional, reconociendo que:

“el avocamiento es una figura de superlativo carácter extraordinario, toda vez que afecta las garantías del juez natural y, por ello, debe ser ejercida con suma prudencia y sólo en aquellos casos en los que pueda verse comprometido el orden público constitucional (*vid.* sentencias números 845/2005 y 1350/2006).”

La doctrina y la norma que autoría el avocamiento es, sin duda clara, y de aplicación estricta por la excepcionalidad de la potestad, al exigir como motivo para la avocación que “se presume violación al orden público constitucional” para lo cual, lo mínimo que se requería era que la Sala hubiera tenido previamente conocimiento del expediente de la causa para poder deducir una presunción de violación del orden público constitucional. Por lo demás, efectivamente tiene que tratarse de que del estudio de los expedientes resulte dicha presunción de “violación al orden público constitucional” y no de cualquier otro motivo, ni siquiera que el tema debatido tenga importancia nacional

Pero por lo visto del texto de la sentencia, esta limitación legal no tuvo importancia alguna para La Sala Constitucional, la cual simplemente anunció que”:

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>

“no sólo hará uso de esta facultad en los casos de posible transgresión del orden público constitucional, ante la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos o con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios, sino también cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional, esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones o que las pretensiones que han generado dichos procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos.”

Es decir, para la Sala, su poder de avocación podría ejercerse ilimitadamente, por cualquier motivo de interés general, como (i) la “posible transgresión del orden público constitucional,” (ii) “la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos,” (iii) “con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios,” (iv) “cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional,” (v) cuando dicho asunto “esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones” o (vi) “que las pretensiones que han generado dichos procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos.”

Todo ello es esencialmente contrario a lo que dispone la norma atributiva de competencia, la cual no autoriza en forma alguna a que, mediante avocamiento, la Sala Constitucional pretenda fundamentar una potestad universal para “aclarar las dudas y agenciar los procesos previstos para darle respuesta a los planteamientos de los ciudadanos y garantizar el ejercicio de sus derechos.” Ello no está autorizado en norma alguna, por lo que los párrafos siguientes de la sentencia no pasan de ser pura retórica vacía, que:

“Así pues, la jurisdicción constitucional en la oportunidad respectiva debe atender al caso concreto y realizar un análisis en cuanto al contrapeso de los intereses involucrados y a la posible afectación de los requisitos de procedencia establecidos para la avocación, en los términos expuestos, con la finalidad de atender prontamente a las posibles vulneraciones de los principios jurídicos y los derechos constitucionales de los justiciables.

De esta manera, la competencia de la Sala establecida en la referida disposición viene determinada, como se expuso, en función de la situación de especial relevancia que afecte de una manera grave al colectivo, en cuyo caso, la Sala podría uniformar un criterio jurisprudencial, en aras de salvaguardar la supremacía del Texto Fundamental y, así, el interés general.

Luego la Sala, para seguir buscando cómo justificar un avocamiento que era a todas luces improcedente apeló a un supuesto “criterio consolidado,” citando las sentencias números 373/2012 y 451/2012, supuestamente relativo a “los asuntos litigiosos relacionados con los derechos de participación y postulación, se encuentra vinculado el orden público constitucional,” razón por la cual, al decir de la Sala, “en el caso de autos,” es decir de la impugnación de las elecciones del 14 de abril de 2013:

“con mayor razón, existen méritos suficientes para que esta Sala estime justificado el ejercicio de la señalada potestad, pues ha sido cuestionada la transparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deduce la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que reviste cualquier juzgamiento que pueda emitirse en esta causa.”

O sea que la Sala Electoral podrá ser despojada de su competencia por la Sala Constitucional, a su arbitrio, cada vez que se impugne unas elecciones.

Con base en lo antes indicado, y sólo con base en ello, mediante la sentencia N° 795 de 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional “de oficio, en tutela de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de los resultados del proceso instaurado,” se avocó al conocimiento de las siete antes identificadas causas contencioso electorales

“así como cualquier otra que curse ante la Sala Electoral de este Máximo Juzgado y cuyo objeto sea la impugnación de los actos, actuaciones u omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013.”

De todo ello, la Sala entonces ordenó a la Sala Electoral, que le remitiera todas y cada de las actuaciones correspondientes, no antes de avocarse como lo exige la Ley Orgánica, sino después de ello.

Esta decisión de la Sala Constitucional implicó, entre otros aspectos, lo siguiente:

Primero, que la Sala Constitucional, materialmente vació de competencias a la Sala Electoral, violando la Constitución, al avocarse en este caso para conocer de impugnaciones a un proceso electoral presidencial. Cualquiera impugnación que se haga en el futuro, implicará el mismo interés general alegado por la Sala, y podrá ser avocado por esta.²

En segundo lugar, la Sala Constitucional tenía que comenzar decidiendo sobre la admisibilidad de los recursos contenciosos electorales, ninguno de los cuales había llegado a ser admitido judicialmente.

En tercer lugar, para ello, los Magistrados de la Sala Constitucional que participaron en las decisiones N° 2 del 9 de enero de 2013 y N° 141 del 8 de marzo de 2013 mediante las cuales ante la ausencia del Presidente Chávez del país, y su posterior fallecimiento, se instaló en el ejercicio de la Presidencia de la República a Nicolás Maduro, a quien además se autorizó a ser candidato a la Presidencia sin separarse del cargo de Vicepresidente; debía inhibirse de decidir sobre los recursos pues los recursos cuestionaban la forma cómo se había instalado a Maduro en la Presidencia y ésta se había ejercido desde el 8 de diciembre de 2012 hasta el 14 de abril de 2013,³ razón por la cual fueron recusados por los apoderados de Henrique Capriles Radonski, uno de los impugnantes del proceso electoral, porque consideraron que los Magistrados evidentemente tenían “comprometida su imparcialidad y su capacidad subjetiva de resolver el asunto conforme a derecho” pues habían “manifestaron su opinión al suscribir y publicar” las sentencias N° 2 de enero de 2013 y N° 141 de marzo de 2013, mediante las cuales la Sala Constitucional había establecido el régimen constitucional de transición ante la falta del Presidente Electo Hugo Chávez.

Pero como era previsible, nada de ello ocurrió: los recursos de nulidad ni siquiera fueron admitidos, no hubo inhibición alguna, y las recusaciones fueron declaradas “inadmisibles,”⁴ de manera que desde que se decidió el avocamiento ya se sabía cómo se decidirían las causas.⁵

Por ello, en realidad, la sentencia de avocamiento de la Sala Constitucional no fue sino una muestra más de la actuación de un órgano del Estado, no sujeto a control alguno, que se ha colocado por encima de la Constitución y la ley, que muta y reforma la Constitución a su antojo y libremente; que reforma las leyes sin límite; que las interpreta *contra legem*; que se inventa poderes por encima de la propia Constitución, como el de controlar ilimitadamente a las otras Salas del Tribunal Supremo; que confisca bienes; que impone Presidentes sin legitimidad democrática; y que hasta controla la actuación de los tribunales internacionales declarando sus sentencias inejecutables y hasta “inconstitucionales.” Con esta sentencia de avocamiento, se podía decir abiertamente, que todo en Venezuela dependía de la Sala Constitucional, y que todo ella lo controla, y, además, dirige.

² Como lo ha dicho la profesora Sosa Gómez, Cecilia, ex Presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: -La Sala Constitucional por sentencia de 20 de junio de 2013 borró el artículo constitucional 297 al resolver que esa Sala no estaba en condiciones para sentenciar las demandas de nulidad de las elecciones celebradas el 14 de abril de 2013,- en - La auto implosión de un Tribunal,- publicado en Panorama.com.ve, 28 de junio de 2013, en <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>

³ Véase Hernández G. José Ignacio, -¿Por qué la Sala Constitucional le quitó a la Sala Electoral las impugnaciones?,- en <http://www.venetubo.com/noticias/%BFPor-qu%E9-la-Sala-Constitucional-le-quit%F3-a-la-Sala-Electoral-las-impugnaciones-R34977.html>

⁴ La Presidente de la Sala declaró -inadmisibles- las recusaciones contra todos los Magistrados de la misma porque supuestamente carecían de fundamentación, ya que -las sentencias que pronunció la Sala Constitucional a las que hacen referencia los recusantes, tuvieron como objeto, la resolución de circunstancias claramente distintas a las planteadas por los recusantes en la causa instaurada originalmente ante la Sala Electoral de este Supremo Tribunal, la cual esta Sala Constitucional resolvió avocar mediante la decisión N° 795 del 20 de junio de 2013.- La Presidente incluso consideró que resultaba -patente la inverosimilitud de que se suponga un adelanto de opinión por parte de la Magistrada Presidenta de la Sala Constitucional, en unos fallos en los que se examinaron supuestos de hecho y de derecho disímiles de las pretensiones esgrimidas por los recusantes en el recurso contencioso electoral intentado contra la elección presidencial efectuada el 14 de abril de 2013.- Véase sentencia N° 1000 de 17 de julio de 2013. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1000-17713-2013-13-0565.html>

⁵ Como también lo dijo la profesora Sosa G., Cecilia, ex Presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: -Estos expedientes ya están sentenciados, y no hay nada que esperar de la Sala Constitucional,- en -La auto implosión de un Tribunal,- publicado en Panorama.com.ve, 28 de junio de 2013, en <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>

Lo antes dicho, en todo caso, quedó confirmado con las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en 7 de agosto de 2012, todas las cuales declararon inadmisibles los recursos contencioso electorales respecto de los cuales se había avocado; y con la “decisión” contenida en la “Nota de prensa” difundida por el Tribunal Supremo el mismo día, que fue realmente la “decisión de fondo” en todos los casos, proclamando la “legitimidad” de la elección del Sr. Maduro.

En efecto, mediante la sentencia N° 1.111 de 7 de agosto de 2013,⁶ la Sala Constitucional declaró inadmisibles un recursos contencioso electoral de anulación intentado contra el Acto de Votación, de Escrutinio, de Totalización y de Proclamación del ganador de las elecciones celebradas el 14 de abril de 2013, (Caso: *María Soledad Sarria Pietri y otros*) quienes alegaron que estaban “viciados de nulidad absoluta, en virtud de que según se denunció, fueron producto de actuaciones y omisiones imputables al Consejo Nacional Electoral, y que en su conjunto constituían un fraude estructural y masivo que afectaba al sistema electoral venezolano” Entre los argumentos esgrimidos se indicó que el candidato Nicolás Maduro no había sido seleccionado en elecciones internas como lo exige la Constitución; que como la condición para ser Presidente era tener la nacionalidad venezolana por nacimiento se solicitó de la Sala que instara al Consejo Supremo Electoral para que se pronunciara sobre ello; y que la elección había sido nula por fraude en la formación del Registro Electoral y por el control que el poder central ejercía sobre el sistema electoral.

Para declarar la inadmisibilidad del recurso, la Sala consideró que en demandas de ese tipo era necesario que las denuncias fueran “debidamente planteadas,” particularmente por la preeminencia del principio de “*conservación de la voluntad expresada del Cuerpo Electoral, o, más brevemente, principio de conservación del acto electoral;*” afirmando que para desvirtuar la presunción de validez del acto electoral, los vicios denunciados no sólo debían estar fundados sino que debían suponer “una modificación de los resultados comiciales.”

Así, a pesar de que supuestamente se trataba de una sentencia de inadmisibilidad, la base del argumento de la Sala fue que lo alegado debía estar “soportado por las pruebas necesarias y pertinentes para lograr convencer al juez de lo que la parte actora afirmó en su escrito,” razonamiento que era más propiamente de una decisión de fondo. Por ello, la Sala, sin más, consideró que el juzgador también podía “examinar lo sostenido por la parte demandante, en la fase de examinar los requisitos de admisibilidad.” Y fue así, por ejemplo, que en relación con el alegato de que el candidato Maduro no había sido seleccionado en elecciones internas, simplemente dijo la Sala que ya se había decidido en otros casos electorales que “ello no excluye otras formas de participación distintas a las elecciones abiertas o primarias;” agregando, sin embargo, que en el caso concreto no se habían acompañado los documentos indispensables para verificar la admisibilidad. En relación con el alegato de que el Consejo Nacional Electoral no se había pronunciado sobre el tema de la nacionalidad del candidato Maduro, la Sala lo que decidió fue que los “demandantes no impugnan ningún un acto, ni señalan ninguna actuación, abstención u omisión imputables al Consejo Nacional Electoral.” En relación con la denuncia del fraude masivo en el proceso electoral, la Sala recurrió a lo previsto en el artículo 206 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, según el cual “si se impugnan las actuaciones materiales o vías de hecho, deberán narrarse los hechos e indicarse los elementos de prueba que serán evacuados en el procedimiento administrativo,” lo que a pesar de ser un tema de fondo, juzgó que sin embargo, debía examinarse en la fase de admisión de la acción, concluyendo que las denuncias sobre fraude “no son claras, ni precisas, ni completas, y no han sido enmarcadas en una narración circunstanciada de las mismas, ni enlazadas racionalmente con el resultado que se supone provocaron.” Y todo ello para, en definitiva, después de analizar el tema de fondo al considerar que la causal de nulidad de las elecciones por comisión de un fraude en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios (art. 215.2 Ley Orgánica de los procesos Electorales), “debe ser interpretada en un sentido que garantice el principio de mínima afectación del resultado a que dio lugar la expresión de la voluntad del Cuerpo Electoral, al cual se ha llamado en este fallo *principio de conservación del acto electoral;*” terminar declarando inadmisibles la acción.

Repitiendo básicamente los mismos argumentos, la Sala Constitucional mediante sentencia 1113 también de 7 de agosto de 2013,⁷ igualmente declaró inadmisibles el recurso contencioso electoral contra el Acto de Votación, de Escrutinio, de Totalización y de Proclamación del ganador de las elecciones celebradas el 14 de abril del año en curso (Caso: *Adriana Vigilancia García y otros*).

⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1111-7813-2013-13-0561.html>

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1113-7813-2013-13-0563.html>

Mediante la sentencia N° 1112 igualmente de 7 de agosto de 2013,⁸ la Sala Constitucional también decidió declarar inadmisibile el recurso contencioso electoral interpuesto un grupo de personas (Caso: *Iván Rogelio Ramos Barnola y otros*), contra el Acto de proclamación de Nicolás Maduro como Presidente Electo, alegando fraude, en particular, por no haberse abierto mesas de votación en la ciudad de Miami; por haberse permitido indiscriminadamente el “voto asistido,” y haberse expulsado a testigos de mesa durante el proceso electoral. En esta la sentencia la Sala lo que hizo fue ratificar la decisión de inadmisibilidad que ya había resuelto el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral en el caso, antes de que se decidiera el avocamiento, por considerar que en el caso, en relación con los hechos que dieron lugar a la infracción alegada, no hubo “la indicación de los vicios de que padece el acto recurrido, en orden a plantear los elementos objetivos necesarios para un pronunciamiento sobre la admisibilidad o no de los recursos para la cual es competente la jurisdicción contencioso electoral.”

En la misma línea de inadmisibilidad se dictó la sentencia N° 1114 de 7 de agosto de 2013⁹ en el recurso contencioso electoral contra el acto de votación que tuvo lugar el 14 de abril de 2013 (Caso: *Adolfo Márquez López*), en el cual el recurrente había cuestionado el Registro Electoral Permanente utilizado por haber sido elaborado con fraude; la asignación de votos del partido “Podemos” al candidato Maduro; y la nacionalidad misma de dicho candidato por no ostentar las condiciones de elegibilidad para ser Presidente de la República. La Sala, para decidir la inadmisibilidad, sobre el primer alegato, consideró que el mismo no constituía “un recurso por fraude, sino relativas a la inscripción o actualización del referido Registro Electoral” cuya impugnación estimó ya era extemporánea; sobre el segundo alegato, consideró que se trataba de un tema de impugnación del acto de postulación, lo cual también consideró extemporáneo; y sobre el tercer alegato, consideró que en la demanda basada en el cuestionamiento de la nacionalidad de Nicolás Maduro, no había elementos de convicción, “hechos o vicios mas allá de opiniones particulares y la exposición de posiciones políticas del recurrente.”

En otro caso, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1116 de 7 de agosto de 2013, también declaró inadmisibile un recurso contencioso electoral mediante el cual se solicitó la nulidad de “las “Elecciones 7 de Octubre de 2012” (sic); b) el “acto Proclamación Presidente Ejecutivo de la República Sr. Nicolás Maduro Moros en fecha 14 de Abril 2013” (sic); y c) las “Elecciones 14 de Abril 2013” (sic),” (Caso: *Gilberto Rúa*), para lo cual la Sala argumentó que en relación al primer acto, el lapso de impugnación de dicha elección ya había caducado; y en relación con los otros dos actos objeto del recurso, eran inadmisibles pues el recurrente no señaló los vicios concretos ni contra “el acto de proclamación y el evento electoral del 14 de abril de 2013,” considerando que se había omitido “un requisito esencial para la tramitación de la demanda, lo cual acarrea su inadmisibilidad.” La Sala consideró, además, que el recurrente había desconocido “el contenido de la sentencia de esta Sala Constitucional signada con el N° 141 de 8 de marzo de 2013, en la cual se dirimió cuál era el régimen constitucional de la transición presidencial con ocasión de la muerte del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías.” Finalmente, en este caso, el recurrente fue multado por haber afirmado que la acción de amparo constitucional que había interpuesto desde 6 de marzo de 2013 en contra del Consejo Nacional Electoral había sido “aguantado” por la Sala Constitucional,” expresión que ésta consideró “como irrespetuosa [...]” pues sugiere que los criterios decisorios y la gerencia judicial de este órgano jurisdiccional no obedecen a parámetros objetivos.”

La Sala Constitucional en otra sentencia N° 1118 de 7 de agosto de 2013¹⁰ también declaró inadmisibile el recurso contencioso electoral interpuesto contra la negativa tácita del Consejo Nacional Electoral en dar respuesta a un recurso jerárquico que se había intentado el 15 de mayo de 2013, contra una decisión de una Comisión del Consejo en relación con una denuncia de violaciones de los artículos 75, 76, 85 y 86 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales solicitando se ordenase a dicho Consejo que iniciara la correspondiente “averiguación administrativa para establecer las responsabilidades relativas a la colocación de propaganda indebida y uso de recursos públicos para beneficio de una parcialidad política en las instituciones mencionadas.” (Caso: *Transparencia Venezuela*) La Sala Constitucional declaró inadmisibile la acción por considerar que, conforme a los estatutos de la Asociación Civil recurrente, solo el Directorio de la misma podía otorgar poder para ser representada, no pudiendo hacerlo la Directora Ejecutiva, como había ocurrido en ese caso.

⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1112-7813-2013-13-0562.html>

⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1114-7813-2013-13-0564.html>

¹⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1118-7813-2013-13-0568.html>

La Sala Constitucional, igualmente, mediante sentencia N° 1119 de 7 de agosto de 2013¹¹ también declaró inadmisibile la acción popular de inconstitucionalidad contra la “aceptación por parte del Consejo Nacional Electoral de las postulaciones de candidatos a los cargos de elección popular correspondiente a las elecciones presidenciales del 14 de abril de 2013” (Caso: *Antonio José Varela*), en el cual se alegó que los postulados no habían sido electos mediante el mecanismo de elecciones internas, y en especial, en relación con el candidato Nicolás Maduro, que no había presentado programa electoral propio, además de no poder postularse por ser inelegible por estar en ejercicio del cargo de Presidente de la República. Para decidir la inadmisibilidad del recurso en este caso, la Sala argumentó que el recurso de nulidad fue “planeado en términos genéricos e indeterminados, con la inclusión de apreciaciones particulares o valorativas de orden personal del recurrente, sin que, al menos, se hayan señalado con precisión los datos que permitan identificar con exactitud el acto emanado del Consejo Nacional Electoral cuya nulidad peticionó, así como tampoco se acompañó copia del mismo, ni fueron revelados los supuestos vicios concretos de que adolecería este acto del Poder Electoral atinente a las elecciones presidenciales celebradas en abril del presente año.” La Sala para concluir, recordó que había sido ella misma la que mediante la sentencia N° 141 de marzo de 2013, había resuelto que la candidatura de Nicolás Maduro como Presidente Encargado sí se podía admitir “para participar en las elecciones presidenciales, por no estar comprendido en los supuestos de incompatibilidad del artículo 229 Constitucional.” Y sobre el tema de la falta de selección de los candidatos en “elecciones internas con la participación de los integrantes de los partidos políticos” que exige la Constitución, la Sala ratificó su criterio de que “ello no excluye otras formas de participación de elecciones distintas a las elecciones abiertas o primarias.” La Sala, finalmente, consideró que nada de lo dicho en el escrito del recurso sobre las infracciones denunciadas, evidencia “ni tan siquiera los datos que permitan identificar con fidelidad o exactitud, el acto del Poder Electoral cuya nulidad pretende, menos aún acompañó copia del mismo, así como tampoco relató los vicios que estarían presentes en aquel, ni su fundamentación argumentativa,” declarando inadmisibile la acción.

En otra sentencia N° 1117 de 7 de agosto de 2013,¹² la Sala Constitucional declaró inadmisibile una acción de inconstitucionalidad por omisión que había intentado Henrique Capriles Radonski contra el Consejo Nacional Electoral por no haberse pronunciado sobre las solicitudes que le fueron formuladas los días 17 y 22 de abril de 2013 respecto a la auditoría del proceso electoral, (Caso: *Henrique Capriles Radonski*) porque el petitorio del mismo, según consideró la Sala, era contradictorio “pues constituye un absurdo pretender a través del recurso por abstención, una respuesta; y por medio del mismo recurso, indicar el desacuerdo con los términos de la respuesta recibida.” La Sala consideró que se trataba de “pretensiones evidentemente excluyentes, por lo que conforme al marco normativo señalado es procedente declarar inadmisibile el recurso contencioso electoral ejercido.”

La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1120 de 7 de agosto de 2013,¹³ también declaró inadmisibile el recurso contencioso electoral de nulidad intentado contra “(i) las votaciones” efectuadas en 5.729 mesas electorales; (ii) 21.562 Actas de Escrutinio automatizadas y 1 Acta de Escrutinio de Contingencia, y (iii) los Actos de Totalización, Adjudicación y Proclamación, con ocasión del proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013,” (Caso: *Mesa de la Unidad Democrática*) considerando la recurrente que dichos hechos tenían incidencia en los resultados de las votaciones. Para declarar la inadmisibilidad del recurso en este caso, la Sala también partió del principio de la necesaria *conservación del acto electoral*, que exigen del recurrente que: “(i) desvirtúe la presunción de validez y legitimidad del acto electoral; (ii) demuestre la gravedad de un vicio que altere la esencia del acto electoral, no de una mera irregularidad no invalidante; y (iii) ponga en evidencia, además, que el vicio altera de tal modo los resultados electorales que resulte imposible su convalidación.” Y con base en ello consideró la Sala que en el recurso hubo “falta de especificidad,” de manera que en el mismo no se “puso en evidencia, como le correspondía, no sólo suponer la ocurrencia de una supuesta irregularidad, sino dejar claro que su magnitud influyó definitivamente en los resultados comiciales.” Agregó además la Sala que en estos casos “No basta, entonces, que exista una anomalía: ella debe ser decisiva para comprometer la voluntad del cuerpo electoral y ninguna razón se blandió en ese sentido,” lo cual, sin duda, era un razonamiento de una decisión de fondo, y no de inadmisibilidad.

¹¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1119-7813-2013-13-0569.html>

¹² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1117-7813-2013-13-0567.html>

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1120-7813-2013-13-0570.html>

Por último, mediante sentencia N° 1.115 de 7 de agosto de 2013¹⁴ la Sala Constitucional también declaró inadmisibile el recurso contencioso electoral de nulidad del proceso electoral para la elección presidencial del 14 de abril de 2013, que había intentado el candidato de la oposición democrática a dicha elección, Henrique Capriles Radonski, y en la cual como lo resumió la Sala, éste había denunciado contra el mismo una serie de vicios que se “produjeron: (i) previas a los comicios, (ii) durante la jornada electoral propiamente dicha y (iii) una vez concluida la participación de los electores en las urnas” (Caso: *Henrique Capriles Radonski*). La Sala, para decidir, destacó en cuanto a los vicios de la primera categoría, en particular:

“las acusaciones dirigidas contra esta Sala Constitucional como integrante del Máximo Tribunal de la República, cuya actuación fue calificada sin soslayo como parcializada en favor de la candidatura del ciudadano Nicolás Maduro Moros. En este sentido, el escrito libelar pretendió delatar, desde el principio, que el ejercicio de la Vicepresidencia por parte de dicho ciudadano fue producto de una sesgada interpretación efectuada por esta Máxima Juzgadora a través de sus sentencias N° 02/2013 (caso: *Marelys D’Arpino*) y 141/2013 (caso: *Otoniel Pautt*).

La declaración de inadmisibilidad de la demanda lo fundamentó la Sala en el hecho de que la misma contenía “conceptos ofensivos e irrespetuosos en contra de esta Sala y otros órganos del Poder Público;” es decir, como se afirmó en la sentencia, porque la Sala consideró que los representantes del actor en el libelo de la demanda incurrieron en supuestas “falta a la majestad del Poder Judicial” al haber “en diversas oportunidades y a través de distintos medios ha acusado expresa y radicalmente a la judicatura y, en particular, a esta Sala Constitucional, como un órgano completamente parcializado y llegó incluso a afirmar que este Máximo Juzgado obedecía la línea del partido de gobierno”

Con esta decisión, la Sala, evidentemente decidió en causa propia, pues la inadmisibilidad fue motivada por los conceptos que había emitido el accionante o sus representantes contra ella misma, motivo por el cual, precisamente, en el proceso se había recusado a todos sus Magistrados por haber firmado las mencionadas sentencias N° 2 y No 141 de enero y marzo de 2013. Pero en lugar de inhibirse los magistrados como correspondía, o de haber declarado con lugar la recusación como era obligado, la Presidenta de la Sala lo que hizo fue declararla sin lugar mediante la sentencia N° 1000 de 17 de julio de 2013, para proceder luego todos los Magistrados “ofendidos” a decidir la inadmisibilidad de la acción, no por razones sustanciales del proceso, sino por los conceptos críticos emitidos contra la Sala, que ésta consideró ofensivos e irrespetuosos, a tal punto que multó al accionante y remitió al Ministerio Público, copia del fallo y del escrito del libelo “con el objeto de que realice un análisis detallado de dichos documentos e inicie las investigaciones que estime necesarias a fin de determinar la responsabilidad penal a que haya lugar;” iniciándose así una nueva línea de persecución en contra de Capriles.¹⁵

Luego pasó la Sala, después de haber resuelto la inadmisibilidad de la acción, en un *Orbiter dictum*, a referirse a lo que denominó “otras falencias del escrito” del recurso, que a su juicio impedían “que la causa sea abierta a trámite,” como que el libelo “se limitó a narrar supuestos abusos cometidos por los órganos del Poder Público, pero en modo alguno señala con certeza el impacto que lo que ella caracteriza como mera “*corrupción electoral*” afectó la voluntad del electorado manifestada el día de los comicios, o llanamente acusa la colusión de los órganos del Poder Público para favorecer la candidatura del ciudadano Nicolás Maduro Moros en supuesto perjuicio del actor, especialmente de esta Máxima Juzgadora Constitucional,” cuando la Sala supuestamente había actuado “de conformidad con las atribuciones que la propia Carta Magna le encomienda y en total consonancia con los precedentes jurisprudenciales que ha instituido.”

La Sala, al decidir el fondo de algunas denuncias, como la relativa al cuestionamiento de la postulación de Nicolás Maduro efectuada por el partido “Podemos,” a pesar de que hubiera aclarado que lo hizo “sin entrar a analizar el mérito del asunto,” afirmó, sin duda refiriéndose al fondo, que “-en una elección unipersonal como la celebrada- los supuestos vicios formales mal podrían conducir a la anulación arbitraria de los votos obtenidos por el representante electo.”

Además, otra “falencia” que destacó la Sala en su sentencia fue que el actor refirió que su Comando de Campaña había recibido “más de cinco mil denuncias” de irregularidades “sin relatar con amplitud suficiente en qué consistieron las irregularidades y su concatenación con los vicios electorales contenidos en

¹⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1115-7813-2013-13-0565.html>

¹⁵ Véase, por ejemplo, Córdova, José de and Minaya, Ezequiel. -Venezuelan Opposition Comes Under Siege,- The Wall Street Journal, New York, Sunday, August 10-11, 2013, p. A6.

los artículos 215 del 220 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.” Todos estos argumentos adicionales, por supuesto, no correspondían a cuestión alguna de admisibilidad, sino de fondo o mérito que debieron ser decididos en la sentencia definitiva que la Sala sin embargo se negó a dictar.

De todas las anteriores sentencias se informó oficialmente por el Tribunal Supremo de Justicia en una “Nota de Prensa” del mismo día 7 de agosto de 2013,¹⁶ en la cual puede decirse que el Tribunal Supremo, utilizando una vía irregular de “decidir mediante notas de prensa”¹⁷ resolvió el fondo de todas las demandas que cuestionaban el proceso electoral del 14 de abril de 2013 y sus resultados.

En dicha Nota de Prensa, en efecto, se comenzó informando que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, con ponencia conjunta, había declarado.

“inadmisibles los recursos contencioso electorales contra la elección presidencial realizada el pasado 14 de abril de 2013, los cuales fueron incoados por los ciudadanos María Soledad Sarria Pietri, Sonia Hercilia Guanipa Rodríguez y otros; Iván Rogelio Ramos Barnola, Oscar Eduardo Ganem Arenas y otros; Adriana Vigilancia García, Theresly Malavé y otros; Adolfo Márquez López; Henrique Capriles Radonski; Gilberto Rúa; María de las Mercedes de Freitas Sánchez, representante de la Asociación Civil Transparencia Venezuela; Antonio José Varela; así como Carlos Guillermo Arocha y Fernando Alberto Alban, representantes de la organización política “Mesa de la Unidad Democrática (MUD)”.

Aclaró la Sala Constitucional, que todos los mencionados recursos contencioso electorales habían sido originalmente intentados ante la Sala Electoral del Máximo Tribunal, a cuyo conocimiento se avocó la Sala Constitucional mediante la sentencia N° 795 de 20 de junio de 2013,

“en tutela de los derechos políticos de la ciudadanía, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de los resultados del proceso instaurado, sustentando que había sido cuestionada la transparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deducía la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que revestía cualquier juzgamiento relativo a estas causas.”

Según la Nota de Prensa, la Sala procedió a examinar que los recursos intentados cumplieran con los requisitos de admisibilidad que ordenan los artículos 133 y 180 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que el artículo 206 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, y constató “que los mismos no observaron tales requisitos, los cuales son indispensables para la tramitación de las demandas contra actos de naturaleza electoral,” pasando así a hacer el siguiente resumen de las sentencias:

“Refieren las sentencias que en el proceso contencioso electoral corresponde realizar un acucioso examen para estimar la procedencia de esta clase de demandas y, por ello, se exige a los reclamantes la carga de exponer de manera clara, precisa y completa las circunstancias cuyo acaecimiento encuadre en los supuestos específicos de nulidad que prevé la ley; no sólo con el propósito de que el órgano administrativo o judicial establezca sin ambages los límites de la controversia, sino porque resulta indispensable la preservación de la voluntad del pueblo expresada en comicios libres, conjugada con la necesidad de brindar garantías institucionales de paz, estabilidad y seguridad, al evitar el cuestionamiento ligero y trivial de la función pública ejercida por un representante elegido por el pueblo.

Los demandantes acaso indicaron la comisión de supuestas irregularidades en diversos centros electorales, sin identificar en forma precisa el cómo los eventos puntuales a los que aludieron produjeron vicios apreciables, capaces de alterar los resultados definitivos que se produjeron en los comicios celebrados el 14 de abril de este año para la elección del Presidente de la República.

De esta manera, queda en evidencia que no fueron alegados motivos suficientes que pongan en duda la voluntad popular expresada en las pasadas elecciones presidenciales.”

Adicionalmente, narra la Nota de Prensa que

“determinados recursos esgrimieron alegatos contra la majestad del Tribunal Supremo de Justicia, lo que mereció algunos apuntes en las respectivas sentencias, entre los que destacan que ello no puede ser tenido a la ligera, no sólo porque revela el desconocimiento sobre las competencias de la Sala sino porque

¹⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11423>

¹⁷ Véase, por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R. -Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa,’- en *Revista de Derecho Público*, N° 118, (abril-junio 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 319-330.

se pretende empañar el ejercicio de una garantía como el derecho de acceso a la justicia. Estos cuestionamientos contra las autoridades judiciales, no sólo deben ser desechados porque desconocen la función garantista de la Sala Constitucional, sino porque con su afrenta trivializa el debate democrático. Se evidencia, por tanto, que no se acude a los tribunales con el ánimo de resolver una disputa, sino para acusar al árbitro por no someterse a sus designios y voluntades. Así, por lo que respecta a tales señalamientos, se impuso la inadmisibilidad según el artículo 133, numeral 5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”

En general, concluyó la “Nota de Prensa” que “las decisiones estatuyen que los alegatos esgrimidos por las partes recurrentes son argumentos genéricos e imprecisos que conducen también a declarar inadmisibles las pretensiones, según el artículo 181 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concatenación del artículo 180 *eiusdem*.”

Como se puede colegir de la reseña que hemos efectuado al analizar las sentencias del 7 de agosto de 2013, *todas las demandas que fueron intentadas contra el proceso electoral del 14 de abril de 2013 y sus resultados tuvieron por objeto buscar del Tribunal Supremo que en definitiva se pronunciara definitivamente sobre la legitimidad o ilegitimidad de dicho proceso de votación y, más que todo, sobre la legitimidad o la ilegitimidad de la postulación y la elección declarada del candidato Nicolás Maduro*. Eso fue lo que los recurrentes persistieron al acudir ante el “máximo y último garante de la Constitución” como suele autocalificarse la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. Como sentencias formales dictadas en sus recursos, sin embargo, no obtuvieron la decisión en justicia que esperaban, y más bien lo que obtuvieron fue la decisión de que sus peticiones eran inadmisibles, es decir, que no reunían los requisitos legales para ser siquiera consideradas y juzgadas, por lo que formalmente en ninguno de los casos se produjo pronunciamiento de fondo alguno – salvo veladamente, como antes se ha advertido – y en ningún caso sobre el tema de la legitimidad electoral que se buscaba, y que sin duda necesitaba el país.

La decisión de fondo, en realidad, se dictó en la “Nota de Prensa” del Tribunal Supremo de Justicia del 7 de agosto de 2013, en la cual, desechadas las impugnaciones por inadmisibles, en definitiva, se “decidió” que el proceso electoral de abril de 2013 fue legítimo y que el Presidente Electo Maduro está amparado por una legitimidad “plena y de derecho.” Ello lo “decidió” el Tribunal Supremo de Justicia en la “Nota de Prensa” antes mencionada en la cual concluyó afirmando:

Primero, sobre las impugnaciones incoadas ante el Supremo Tribunal, que:

“no consiguieron alegar ninguna irregularidad que significase una diferencia con los resultados que emanaron del Poder Electoral, se evidencia que los mismos **fueron completamente legítimos**.”

Y segundo, que, en ese sentido, para el Tribunal Supremo también fue posible colegir de los fallos que:

“**la legitimidad** del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, quien obtuvo la mayoría de los votos escrutados en ese proceso, **es plena y de derecho a tenor de las leyes**.”

Quizás era a esa “justicia,” dada a través de “Notas de Prensa,” a lo que el Tribunal Supremo de Justicia se refería al final de su “Nota de Prensa,” cuando en la misma quiso reiterar a la ciudadanía que podía contar “con un Poder Judicial fortalecido, que aplica en cada una de sus actuaciones, los mandatos que el Texto Fundamental señala,” pidiéndole además al pueblo “puede confiar en la solidez del elenco institucional que impera en nuestro país.”

2014

39. EL FIN DE LA LLAMADA “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROTAGÓNICA” DISPUESTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL EN FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN, AL JUSTIFICAR LA EMISIÓN DE LEGISLACIÓN INCONSULTA EN VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Revista de Derecho Público, N° 137, enero-marzo 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 157-164

Resumen: *Este comentario está destinado a analizar la sentencia de la Sala Constitucional N° 203 de 25 de marzo de 2014, mediante la cual la misma resolvió que el derecho constitucional a la participación política previsto en el proceso de formación de las leyes mediante su sometimiento a consulta pública no existe cuando se trata de leyes dictadas por el Ejecutivo mediante decretos leyes.*

Palabras Clave: *Leyes. Consulta Pública; Participación política. Decretos Ley.*

Abstract: *This comment has the purpose of analyzing the decision of the Constitutional Chamber N° 203 of March 25, 2014, by means of which it was decided that the constitutional right to political participation established in the process of formation of statutes through their public consultation, does not exist when the statutes are issued by the Executive through means of decree laws.*

Key words: *Statutes. Public consultation; Political participation; Decree Laws.*

I

Desde cuando se utilizó por primera vez, en 2000, al inicio del régimen autoritario, la modalidad de legislar masivamente mediante legislación delegada, es decir, a través de decretos leyes dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros en ejecución de una ley habilitante en los términos del artículo 203 de la Constitución de 1999; varios de los decretos leyes fueron impugnados por razones de inconstitucionalidad, entre otros vicios, por violación del derecho ciudadano a la participación política al haber sido dictados inconsultamente, es decir, sin haber sido sometidos a consulta popular a los ciudadanos y a la sociedad organizada, violándose el texto expreso del artículo 211 de la Constitución en materia de consulta popular de las leyes durante el procedimiento de su formación.¹

En la Constitución de 1999, en efecto, cuyo texto está imbuido por el concepto de democracia “participativa y protagónica,” además de establecerse en forma general en los artículos 62 y 70 de la Constitución, el derecho ciudadano a la participación política, éste se estableció en forma específica en dos supuestos que tienen, por tanto, rango constitucional: primero, el derecho constitucional a la participación política para la designación de altos funcionarios del Estado a través de Consejos de Postulaciones integrados por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad,” en particular para la designación de los magistrados del

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados- en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 17, Caracas 2002, pp. 63-103, y -El derecho ciudadano a la participación popular y la inconstitucionalidad generalizada de los decretos leyes 2010-2012, por su carácter inconsulto,- en *Revista de Derecho Público*, N° 130, (abril-junio 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 85-88.

Tribunal Supremo (art. 270), y en otros Comités similares en el caso de la designación de los jefes de los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral (arts. 279 y 295);² y el derecho constitucional de los ciudadanos y de la sociedad organizada a participar en el procedimiento de formación de las leyes a través de los mecanismos de consulta popular que se deben efectuar (art. 211).

La legislación básica del país, en los últimos catorce años, sin duda ha sido dictada mediante decretos leyes conforme a sucesivas leyes habilitantes y en ningún caso se ha cumplido, en la emisión de dichos decretos leyes con el procedimiento de consulta popular, ni se ha garantizado el derecho de los ciudadanos ni de la sociedad organizada a participar en el proceso de formación de las leyes.

II

Por ello, en todos los casos, durante los tres lustros de vigencia de la Constitución, en distintas oportunidades se impugnaron diversos decretos leyes precisamente por violación del derecho constitucional a la participación política consagrado en el artículo 211 de la Constitución, pero nunca la Sala Constitucional se pronunció sobre dichas denuncias formuladas en sucesivas acciones populares de inconstitucionalidad. Solo fue mediante sentencia N° 203 de 25 de marzo de 2014 (*Caso Síndica Procuradora Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, impugnación del Decreto Ley de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*),³ cuando por primera vez la Sala Constitucional entró a conocer de la denuncia de inconstitucionalidad formulada, declarándola sin embargo sin lugar, por considerar simplemente que como la legislación no se dictó por la Asamblea Nacional sino por el Poder Ejecutivo, entonces, en fraude a la Constitución, la Sala estimó que las leyes dictadas mediante decretos leyes no exigían la previa consulta popular. Es decir, en definitiva, la Sala admitió una forma de “evadir” la obligación del Estado de asegurar la participación popular, y de burlarse del derecho ciudadano a la participación; todo, sin embargo, en una supuesta “democracia participativa y protagónica” que tanto se pregona pero que quedó extinguida con dicha sentencia.

En efecto, al contrario de lo decidido, conforme al espíritu “participativo y protagónico” de la democracia que orientó la letra de la Constitución de 1999 –aún cuando ignorada en la ejecución de la misma–, una de las dos manifestaciones específicas del mismo, inserta en el propio texto constitucional, como se ha dicho, es la imposición a los órganos del Poder Legislativo de la obligación de someter los proyectos de leyes, durante el proceso de su elaboración, a consulta pública. Ello se concretó entre otras, en la norma específica contenida en el artículo 211 de la Constitución, la cual dispone:

Artículo 211. *La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada su opinión sobre los mismos.*

La previsión, que está incluida en la sección relativa al procedimiento de formación de las leyes, cuya elaboración y sanción en una de las “funciones propias” (art. 134 de la Constitución) del órgano legislativo, es decir, de la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo. Por ello, evidentemente, en la norma se identifican con precisión a los órganos del Estado que deben primariamente cumplir con dicha obligación que son los que normalmente participan en el procedimiento de formación de las leyes, es decir, la propia Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes de las mismas. Y no podría ser de otro modo, pues dichos órganos son los que normalmente legislan.

III

Lo importante de la norma del artículo 211 de la Constitución, en realidad, no es su aspecto formal de regulación de un “procedimiento legislativo” específico y, en el mismo, la identificación de cuál órgano del Estado es el que debe cumplir específicamente con la obligación de consultar al pueblo la legislación que se proyecta; sino su aspecto sustantivo, en cuanto a la regulación en el propio texto constitucional, de un derecho constitucional de los ciudadanos y de la sociedad organizada a ser consultados en el proceso de formación de las leyes que se proyecta que han de regirlos, que es un derecho correlativo a una obligación impuesta a los órganos que ejercen la función normativa de rango legal de consultar al pueblo sobre los proyectos de leyes antes de su sanción.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas-, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162349-203-25314-2014-09-0456.HT> ML La Ley impugnada fue publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31 de julio de 2008.

Bajo este ángulo sustantivo del derecho y de la obligación establecidos en el artículo 211, lo importante, por tanto, no es cuál órgano específico del Estado sanciona la ley, y a través de cuál procedimiento, sino el derecho constitucional a la participación ciudadana que establece la norma y la obligación de los órganos del Estado de asegurar dicha participación, en este caso, mediante consulta pública de los proyectos de leyes.

La ley, como se ha dicho, puede sancionarse por la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo, cumpliendo la función normativa como “función propia” de la misma; o por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, cumpliendo la función normativa en virtud de delegación legislativa; en ambos casos, la obligación constitucional establecida en el artículo 211 de la Constitución, al margen de las normas generales que garantizan el derecho a la participación ciudadana (art. 62 y 70), originan un correlativo derecho constitucional específico de los ciudadanos y de la sociedad organizada a ser consultada no sólo sobre las políticas públicas, sino especialmente sobre los proyectos de leyes con las cuales van a regularlos, antes de que se sancionen, independientemente de que tengan la “forma” de ley o de decreto ley. Lo contrario significaría sostener que el derecho ciudadano a la participación política consagrado constitucionalmente sólo estaría garantizado en el caso de leyes dictadas por la Asamblea Nacional pero no de leyes dictadas por el Poder Ejecutivo a través de decretos leyes, lo que por supuesto no tendría sentido alguno.

Al contrario, el sentido del derecho constitucional consagrado en el artículo 211 de la Constitución implica que cuando la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo y de la función normativa, sanciona una ley, o cuando el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo y de la función normativa derivada de una delegación legislativa, dicta decretos leyes, en todo caso, se debe siempre consultar a los ciudadanos antes de la sanción definitiva del texto legal, de manera que si esta se produce sin someter el proyecto de ley previamente a consulta pública, en particular, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, se viola el derecho a la participación establecido en el artículo 211 de la Constitución y además, por derivación, se violan las previsiones generales que establecen el derecho político a la participación que están en los artículos 62 y 70 de la Constitución.

IV

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia N° 203 de 25 de marzo de 2014, al declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad intentada por la Síndica Procuradora Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda contra el Decreto Ley de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, en la cual se denunció que el mencionado decreto ley no fue sometido al procedimiento de consulta popular que exigía el artículo 211 de la Constitución, consideró que los ciudadanos tenían derecho constitucional a participar, estimando que ese derecho ciudadano a participar en el proceso de formación de las leyes sólo existe cuando las mismas las dicta la Asamblea Nacional, pero no existe cuando las leyes las dicta el Poder Ejecutivo mediante una delegación legislativa.

En esa forma, la Sala Constitucional formalizó una forma más de fraude a la Constitución, al establecer que el derecho a la participación política en materia de formación de las leyes se puede ignorar, o simplemente no existe, con el sólo hecho de que la ley que se le va a aplicar al ciudadano sea dictada mediante decreto ley en uso de delegación legislativa, y no mediante una ley de la Asamblea Nacional. En otros términos, que una forma de burlar el derecho ciudadano a la participación política mediante consulta popular de las leyes en una “democracia participativa y protagónica,” es que el Poder legislativo simplemente delegue la legislación al Poder Ejecutivo y así se obvia la obligación de legislar. Ello, se insiste, no es más que un fraude a la Constitución.

V

Pero para configurar este fraude, lo más insólito de la sentencia es que, contradictoriamente, la Sala Constitucional, procedió a constatar con lujo de detalles, lo contrario, es decir, que el derecho a la participación política se encuentra establecido dentro de los derechos políticos de los ciudadanos, para lo cual procedió a citar exhaustivamente la Exposición de Motivos de la Constitución cuando expresa que “se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad;” a citar el artículo 62 de la Constitución que entre otras cosas establece que “es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica;” a indicar que “en nuestro derecho constitucional se consagra un sistema dual de ejercicio de la participación política” de

democracia indirecta y de democracia directa, en el cual ninguna de las dos prevalece sobre la otra; a precisar que “el sistema democrático envuelve la conjunción de los principios de representación y el principio de participación;” a reconocer como “principio fundamental en el desarrollo de los postulados democráticos que deben regir un Estado de Derecho,” y entre ellos, el principio de “publicidad de sus actuaciones,” que es el que permite a los ciudadanos “ejercer cabalmente su derecho a la participación política;” y a citar indiscriminadamente autores como Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 104, 110), Carl Schmitt; *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 174); y Norberto Bobbio, *Diccionario de Política*, Madrid 1983, pp. 1209-1210).

Con todo ello, cualquier lector habría sacado la conclusión de que el resultado de la argumentación y de la doctrina citada conduciría a declarar que la falta de consulta pública de las leyes dictadas mediante decretos leyes, en el marco de la “democracia participativa y protagónica” prevista en la Constitución, violaba el derecho ciudadano a la participación política.

Pero: ¡¡sorpresa!! ¡¡No!! La conclusión a la que llegó la Sala Constitucional, al contrario, y contradictoriamente a los mencionados postulados y doctrina, fue que en Venezuela se puede impunemente violar el derecho ciudadano a la participación política mediante consulta pública de los proyectos de leyes, si estos se dictan mediante decretos leyes.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Constitucional utilizó dos argumentos: Primero, al “descubrir” que el ejercicio del derecho a participar por parte de los ciudadanos es de:

“ejercicio facultativo de los ciudadanos en la presentación de las observaciones al igual a lo que ocurre en la iniciativa legislativa, por ende su falta de ejercicio no acarrea sanción alguna por su inejecución por parte de los ciudadanos”.

El argumento, por supuesto, no tiene lógica ni consecuencia jurídica algunas, pues el ejercicio de los derechos por los ciudadanos cuando implica el goce de la libertad en la realización de una actividad, como por ejemplo, el derecho de votar, el derecho a expresar el pensamiento, el derecho al libre tránsito, el derecho de petición, el derecho a manifestar, el derecho a tener una religión, el derecho a participar, siempre es de ejercicio facultativo, pues nadie puede ser obligado a votar, a escribir o hablar públicamente, a circular, a manifestar, a tener una religión o a participar. Todos son libres de ejercer esos derechos, por ello son de ejercicio facultativo, pero ello no implica que por ese “ejercicio facultativo” dejen de ser derechos ni ello excluye la obligación del Estado de garantizar y asegurar su ejercicio. La falta de aseguramiento y garantía por parte del Estado es la que acarrea una sanción, y es la nulidad de la acción u omisión del Estado, y nada tiene que ver eso con la falta de ejercicio por parte del ciudadano que efectivamente es libre.

VI

Pero la Sala Constitucional para formalizar el fraude a la Constitución y a la democracia “participativa y protagónica” que se pregona, recurrió a un segundo argumento, aún más absurdo y es el hecho de que supuestamente en el “procedimiento legislativo” establecido en el artículo 211 del Texto Constitucional, y el “procedimiento legislativo” para la emisión de decretos leyes, “el supuesto fáctico de la aplicación de la norma así como el sujeto pasivo difieren palmariamente entre ambos,” cuando como se ha dicho, lo esencial de la norma no es el aspecto formal o procedimental sino el sustantivo relativo al derecho constitucional que consagra.

Con base en esa distinción formal, la Sala Constitucional, entonces consideró que la obligación establecida en el artículo 211 de la Constitución, supuestamente contiene un “imperativo” “dirigido al órgano legislativo de acuerdo con sus funciones naturales –formación de leyes–” siendo que, en cambio, “el supuesto de la ley habilitante es un supuesto excepcional en el proceso legislativo.”

Se olvidó así, sin embargo, la Sala Constitucional, de nuevo, que el texto del artículo 211 lo que establece en realidad es un derecho específico a la participación política de los ciudadanos en el proceso de formación de las leyes, siendo su esencia, por supuesto, el de la “participación” sea cual fuere la forma de emisión de las leyes, si mediante sanción parlamentaria o mediante emisión de un decreto ley. Lo importante y esencial en una democracia “participativa y protagónica” es el derecho a la participación, no los aspectos procedimentales que se regulen.

VII

Pero lo más insólito de la sentencia, fue la conclusión a la cual llegó la Sala después de argumentar erradamente que los ciudadanos supuestamente tienen derecho de participar en el procedimiento de formación de las leyes sólo cuando la ley la dicta la Asamblea Nacional, pero no cuando la dicta el Poder Ejecutivo mediante decreto ley, expresando, como lo hubiera hecho el personaje “Cantinflas,” que:

“Lo anterior, no implica como erradamente se podría pretender que el Presidente de la República no está sujeto a la apertura de los mecanismos de participación cuando hace uso de las potestades legislativas previamente aprobadas, sino que en virtud de la excepcionalidad que implica la habilitación legislativa, el procedimiento de formación difiere estructural y funcionalmente del procedimiento en el órgano legislativo por lo que su incidencia varía en cuanto a su formación, no solo en cuanto a la representatividad de los funcionarios encargados de su discusión y aprobación sino en cuanto a los lapsos para su ejercicio; por lo que el ejercicio de dicho derecho se desarrolla en atención a uno de los principios fundamentales que rige el sistema democrático como es la publicidad.”

Qué dijo o quiso decir la Sala Constitucional en este párrafo, realmente es indescifrable, pero no así la conclusión rotunda a la cual llegó a renglón seguido de dicho párrafo, sin fundamento alguno, en el sentido de que:

“visto que el procedimiento establecido en el artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podría ser exigido al Presidente de la República por carecer de especificidad el procedimiento de formación de leyes dentro del marco de una ley habilitante”.

O sea, que cuando se dictan leyes mediante decretos leyes en ejecución de una ley habilitante no hay “procedimiento de formación de las leyes,” es decir, supuestamente se estaría dentro del “reino de la arbitrariedad,” y los ciudadanos en “democracia participativa y protagónica” no podrían gozar ni ejercer su derecho constitucional de participar en el proceso de formación de la ley que los va a regir.

Ello, por supuesto, no tiene sentido alguno, pues el derecho a la participación ciudadana en materia de formación de las leyes es absoluto, sea cual fuere el procedimiento de formación de las mismas; de lo contrario, bastaría acudir a una ley habilitante y dictar decretos leyes para, en fraude a la Constitución, quitarle al ciudadano su derecho a participar.

VIII

La Sala Constitucional, sin embargo, en la sentencia, trató de seguir justificando el fraude a la Constitución, expresando que la “inaplicación” del derecho a la participación previsto en el artículo 211 de la Constitución, supuestamente

“deviene igualmente en cuanto al procedimiento de discusión ante la Cámara en el cual se maneja un proyecto legislativo, a diferencia de la presentación y promulgación de Decretos los cuales responden a una excepcionalidad o a una urgencia en cuanto a su realización, por ende, se aprecia que mal puede exigirse la aplicación del artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” en el caso [del decreto ley impugnado de la ley Orgánica de la Administración Pública].

Ello, por supuesto, no tiene fundamento alguno en el texto de la Constitución de 1999, donde se reguló la delegación legislativa en sentido amplio, sin que necesariamente exista excepcionalidad, extra ordinarietad o urgencia alguna en la sanción de una ley habilitante. Recuérdesse que el artículo 203 definió las leyes habilitantes como “las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley” fijando “el plazo de su ejercicio,” y que el artículo 236.8 se limitó a indicar dentro de las atribuciones del Presidente de la República, el “dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.”⁴ Es errado y falso el argumento de la Sala Constitucional, el cual que en cambio pudo ser válido en el marco de la Constitución de 1961, al tratar de establecer una distinción entre el “procedimiento legislativo” de formación de las leyes y el de la emisión de los decretos leyes que no existe en la Constitución de 1999, en el sentido de que estos últimos, supuestamente “responden a una excepcionalidad o a una urgencia en cuanto a su realización”, lo cual no sólo no tiene fundamento constitucional, sino que nunca se ha invocado en la sanción de las múltiples leyes habilitantes que se han sancionado a lo largo de los últimos catorce años.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno- 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), Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74; y *Las potestades normativas del Presidente de la República: los actos ejecutivos de orden normativo-*, en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Homenaje a: Jesús María Casal Montbrun* (Coordinadores: Jesús María Casal, Alfredo Arismendi A. y Carlos Luis Carrillo), Tomo I, Caracas 2007.

Pero, además, al tratar de justificar lo injustificable, al Sala Constitucional llegó a argumentar que a pesar de que el decreto ley impugnado no se sometió a consulta popular como lo imponía el artículo 211 de la Constitución, violándose el derecho constitucional a la participación política, sin embargo, tal:

“derecho a la participación política no se vio conculcado o restringido en virtud que en función del conocimiento público y notorio de la promulgación de la Ley Habilitante los ciudadanos pueden presentar o formular proyectos sobre la discusión de las materias delegadas al Ejecutivo Nacional, para garantizar el ejercicio del derecho a la participación política.”

El mismo errado y falso razonamiento lo repite la sentencia al indicar que “cuando se promulga dicha habilitación existe una notoriedad en cuanto a la potestad conferida” en razón de lo cual dijo la Sala, “la participación puede ser realizada por parte de las comunidades organizadas con la finalidad de formular propuestas y opiniones”.

O sea, que sin que se lleguen a conocer por los ciudadanos los proyectos de decretos leyes a ser dictados en forma clandestina e inconsulta en ejecución de la ley habilitante, supuestamente el derecho a la participación política queda asegurado según la Sala, por el hecho de que al conocerse la sanción de una ley habilitante cualquiera puede presentar al Ejecutivo algún proyecto de ley para su aprobación. El argumento, por supuesto, no soporta análisis alguno, porque simplemente, el proyecto de ley emitido mediante decreto ley en ejecución de la ley habilitante nunca fue del conocimiento de los ciudadanos o de la sociedad organizada.

IX

Por último, debe mencionarse que en materia de derecho ciudadano a la participación política en relación con el ejercicio de potestades normativas por parte del Poder Ejecutivo, la obligación de consulta pública no sólo está establecida en el mencionado artículo 211 de la Constitución, que fue violado abiertamente en el caso del decreto ley impugnado en este caso de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, sino en la propia Ley Orgánica de la Administración Pública desde que fue sancionada inicialmente en 2001. En efecto, en el artículo 130 de dicha Ley se dispone que para la adopción de “normas reglamentarias o de otra jerarquía” por los órganos del Poder Ejecutivo, entre las cuales sin duda están los decretos leyes, éstos están obligados a “iniciar un proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas,” de tal importancia desde el punto de vista de la “democracia participativa y protagónica” que se pregona, al punto de que el artículo 140 de la misma Ley Orgánica dispone no sólo que el respectivo órgano del Poder Ejecutivo “no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados,” sino 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 la propia Ley Orgánica.

Esta obligación por supuesto, se aplicaba al decreto ley de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pues estaba prevista en su texto desde 2001, razón por la cual es incomprensible que la Sala Constitucional haya considerado en su sentencia que habría “imposibilidad de aplicar el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, por ser ésta la ley impugnada” cuando dicho procedimiento era obligatorio y estaba incluido en el texto de la Ley Orgánica desde 2001, siendo el decreto ley impugnado de 2008 sólo una reforma de dicha Ley.

X

En definitiva, la Sala Constitucional al concluir en su sentencia respecto del decreto ley impugnado, a pesar de que no fue sometido a consulta pública para asegurar la participación de los ciudadanos y de la sociedad organizada en el procedimiento de formación del mismo, como le exige la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública; que el mismo, sin embargo, supuestamente no habría contrariado “elementos esenciales de validez formal” previstos en la Constitución “referente a la violación del derecho a la participación política,” lo que hizo fue formalizar el fraude a la Constitución, para eludir la obligación de garantizar la participación política, sujetando a dicha consulta solamente a las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, y excluyendo de la misma a leyes sancionadas por el Poder Ejecutivo en ejecución de una delegación legislativa, incluso si en la práctica, estas últimas son las más numerosas en los últimos quince años de vigencia de la Constitución. Con ello, en definitiva, lo que ha hecho la Sala Constitucional es dictar la sentencia de muerte a la llamada “democracia participativa y protagónica,” al negarle a los ciudadanos y a la sociedad organizada el derecho de participar en el proceso de formación de las leyes que le van a ser aplicadas, cuando se dicten mediante decretos leyes, que por lo demás, son la mayoría.

40. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO POPULAR DE UNA DIPUTADA A LA ASAMBLEA NACIONAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE OFICIO, SIN JUICIO NI PROCESO ALGUNO (El caso de la Diputada María Corina Machado)

Revista de Derecho Público, N° 137, enero-marzo. 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 165-189

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar el significado y alcance de la sentencia N° 207 de 31 de marzo de 2014, de la Sala Constitucional, mediante la cual luego de declarar inadmisibles un amparo en protección de la diputada María Corina Machado contra las amenazas del Presidente de la Asamblea Nacional de eliminarle su carácter de diputado, el Tribunal Supremo de Justicia violando el principio democrático, en un obiter dictum, le revocó el mandato a la misma por haber expuesto sobre la situación de Venezuela en el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, desde el asiento del representante de Panamá.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Diputados; Mandato Popular. Revocación; Principio democrático.*

Abstract: *This comment has the purpose of analyzing the sense and scope of the Constitutional Chamber decision N° 207 of March 31, 2014, by which the Supreme Tribunal, after declaring inadmissible an injunction filed to protect the representative María Corina Machado against the threats made by the President of the National Assembly to deny his condition as representative, violated the democratic principle, and proceed to revoke her popular mandate because her intervention explaining the situation of Venezuela in the Permanent Council of the Organization of American States, from the chair of the representative of Panamá.*

Key words: *National Assembly. Representatives. Popular Mandate. Revocation; Democratic Principle.*

I. LA ELECCIÓN POPULAR DE LOS DIPUTADOS Y LA EXCLUSIVA REVOCACIÓN POPULAR DE SU MANDATO

Conforme a lo establecido en la Constitución, los diputados que integran la Asamblea Nacional en Venezuela, que son electos por el pueblo mediante sufragio universal directo y secreto conforme a su artículo 63 y 186 de la Constitución, “son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia” (art. 201), por lo que su voto en la Asamblea “es personal” (art. 201). Dado su origen popular, su mandato sólo puede ser revocado por el mismo pueblo que lo eligió en la “circunscripción” respectiva, como también lo indica el artículo 197 de la Constitución, siguiendo para ello las previsiones del artículo 72 de la misma, donde se regulan los referendos revocatorios de mandatos de elección popular.

Estas referidas normas regulan parte de la esencia del principio democrático en la Constitución, con las consecuencias de que: *primero*, el origen democrático de la elección popular de un diputado implica que su mandato sólo puede revocarse por el mismo voto del pueblo que lo eligió; y *segundo*, que los diputados, electos por el pueblo, conforme a los dictados de su conciencia, deben actuar en beneficio de los intereses del pueblo, atendiendo a las opiniones y sugerencias de los electores, ante quienes deben dar cuenta de su gestión (art. 197).

En sus atribuciones, como se indicó, los diputados no están sujetos a mandatos ni a instrucciones de ninguna naturaleza, ni de partidos, ni de bloques o fracciones parlamentarias, ni de directiva alguna del parlamento, ni de lo que decida el Ejecutivo Nacional o cualquier otro órgano de cualquier otro poder del Estado. Sólo están sujetos a su conciencia en lo que estimen es lo que beneficia a los intereses del pueblo.

Estas disposiciones constitucionales fueron desconocidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 207 de 31 de marzo de 2014,¹ a través de la cual declaró inadmisibles una demanda intentada por dos concejales del Municipio Baruta del Estado Miranda (*José Alberto Zambrano García y David Ascensión*), negándoles su legitimación activa para accionar en defensa de “intereses colectivos o difusos” que habían formulado contra el Presidente de la Asamblea Nacional Sr. Diosdado Cabello, por la usurpación de funciones y vías de hecho en que había incurrido al eliminarle el día 24 de marzo de 2014, sin tener competencia para ello, el carácter de diputado a la diputada María Corina Machado, es decir, pretender revocarle su mandato, porque ésta habría acudido en tal carácter de diputada a exponer en la reunión del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos del día 21 de marzo de 2014, sobre la situación política de Venezuela, como su conciencia le exigía en representación del pueblo que la eligió, siendo para ello acreditada por la representación de Panamá.

En efecto, la Sala, después de desestimar la demanda por considerar que los concejales que la habían intentado carecían de la cualidad necesaria para ello, en lugar archivar el expediente (que era lo que correspondía), “aprovechó la ocasión” para, de oficio, —es decir, sin que nadie se lo pidiera—, “interpretar” el artículo 191 de la Constitución —mal interpretado, por cierto—, y de paso, pronunciarse, pero cuidándose de no “decidir” sobre la pérdida de la investidura de la diputada María Corina Machado, sobre lo cual afirmó que su mandato popular había quedado revocado “de pleno derecho”; y todo ello sin debido proceso alguno, es decir, sin juicio ni pruebas, y sin siquiera oír a la diputada garantizándole el derecho a la defensa. Como si ello no fuera suficiente, la Sala Constitucional no decidió lo que realmente se le había requerido por los concejales demandantes y era que, como lo afirmaron en su libelo, el Diputado Cabello había incurrido “en usurpación de funciones, la violación del debido proceso y el menoscabo de los derechos políticos de los ciudadanos del Municipio Baruta y de todos los ciudadanos venezolanos,” al haber anunciado “el día 24 de marzo al país, que haría cesar en sus funciones a la Diputada María Corina Machado por su participación en la Organización de Estados Americanos, lo cual fue ratificado en el día de ayer 25 de marzo, retirándola de la nómina de parlamentarios.”

Para no decidir lo que se le había pedido que fuera declarar que el Presidente de la Asamblea Nacional había incurrido en arbitrariedad y abuso de poder, y para no proteger al mandato popular de la diputada María Corina Machado, lo que hizo la Sala Constitucional fue avalar lo que aquél había dicho para despojar a la diputada Machado de su curul parlamentaria, afirmando, cínicamente, que actuaba así:

“como máxima autoridad de la Jurisdicción Constitucional, siendo la garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, [por lo que] le corresponde velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, si bien puede declarar inadmisibles una demanda como la planteada en el caso de autos, también puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, como norma suprema conforme lo expresa su artículo 7, analizar de oficio la situación de trascendencia nacional planteada, que tal y como se ha indicado, y así fue planteado en el escrito *“afecta la institucionalidad democrática”*.”

Lo cierto es que la Sala Constitucional, si bien podría entrar a analizar de oficio una “situación de trascendencia nacional” *en el curso de un juicio*, la verdad es que no tenía ni tiene competencia alguna para pretender iniciar de oficio un proceso constitucional, así fuera el de interpretación de la Constitución,² fuera de un proceso en curso o que ya ha concluido, así fuera con la excusa de analizar una “situación de trascendencia nacional,” que sólo podría iniciarse a petición de parte interesada, como la propia Sala lo tiene

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HT> ML Véase además en *Gaceta Oficial* N° 40385 de 2 de abril de 2014.

² Véase sobre los poderes de actuación de oficio del Tribunal Supremo de Justicia, en Allan R. Brewer-Carías, -Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela-, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250. Publicado también en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 129-159

establecido; y ello no cambia al auxilio del artilugio o subterfugio al que recurrió la Sala para pretender revestir de “legalidad” su actuación, de aprovechar el “expediente” de un proceso terminado formalmente (al haberse declarado inadmisibile la demanda que había sido intentada), para pasar, con la excusa de interpretar el artículo 191 de la Constitución, a revocarle el mandato popular a una diputada para lo que no tiene competencia.

En realidad, con la sentencia que se comenta, lo que se puso en evidencia fue que la Sala Constitucional ya tenía instrucciones o sugerencias de decidir revocarle el mandato a la diputada Machado de inmediato, con o sin proceso, antes del día martes 1º de abril de 2014, para cuando estaba anunciada movilización en Caracas para acompañar a la diputada Machado a la Asamblea Nacional a incorporarse en sus sesiones, a los efectos de que para ese momento la diputada Machado ya no fuera “formalmente” diputada. El Presidente de la Asamblea Nacional ya la había despojado de hecho de su mandato popular;³ quien ejerce como Presidente de la República, ya la había calificado como “ex diputada,”⁴ y la propia Presidenta del Tribunal Supremo ya había anunciado formalmente por dónde vendría la actuación de la Sala Constitucional, al declarar en la televisión el domingo 30 de marzo de 2014, que:

“obviamente tiene consecuencias jurídicas” que la parlamentaria María Corina Machado haya “aceptado un destino diplomático en un país extranjero”, pero indicó que era necesario esperar el pronunciamiento del Máximo Tribunal sobre ese tema.

Hemos tenido noticia por la prensa en el sentido de que ella en la condición de diputada habría aceptado un destino diplomático en un país extranjero. Obviamente tiene consecuencias jurídicas pero preferimos hacer el estudio, y de manera formal pronunciarnos en el Tribunal Supremo, esto no es una conclusión, es necesario esperar el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia.”⁵

Las “consecuencias jurídicas, por supuesto ya estaban establecidas, de manera que al día siguiente se publicó la sentencia que comentamos, con ponencia conjunta de todos los magistrados para que no cupiera duda de su colusión, pero no sin antes aclarar la propia Presidenta del Tribunal Supremo, en el mismo programa de televisión donde ya anunciaba la “justicia” que iba a impartir, que en Venezuela:

³ Como en efecto lo reportó la agencia EFE sobre lo dicho por Cabello: -Caracas. EFE.- El presidente de la Asamblea Nacional (Congreso unicameral) de Venezuela, Diosdado Cabello, informó este lunes que se le retiró la inmunidad parlamentaria a la diputada opositora María Corina Machado y que pedirá que sea juzgada por traición a la patria. Cabello dijo a periodistas que solicitará el Ministerio Público investigar si Machado cometió el delito de traición a la patria, por su participación en una sesión de embajadores de la Organización de Estados Americanos (OEA).- En efecto, el Presidente de la Asamblea Nacional, expresó según fue reseñado por Globovisión: -Cabello explicó que Machado violó el artículo 191 y el 149 de la Carta Magna, este último se refiere a la autorización a funcionarios públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros.-, -Hay que sumarle a la investigación (el delito de) tradición a la patria-, dijo Cabello, / Aclaró que ya no hace falta allanarle la inmunidad parlamentaria a Machado -porque según el artículo 191, según este nombramiento (por parte de Panamá), y según sus actuaciones y acciones la señora Machado dejó de ser diputada-./ El presidente del Parlamento anunció que Machado no tendrá más acceso al Hemiciclo -por lo menos, en este periodo.-No tienen acceso porque ella ya no es diputada-, recalcó- Véase -Cabello: Por el artículo 191 de la Constitución, María Corina machado -dejó de ser diputada-, *Globovisión*, 24 de marzo de 2014, en <http://globovision.com/articulo/junta-directiva-de-la-an-anuncia-rueda-de-prensa>

⁴ Véase lo expresado por Nicolás Maduro: Primero: -El Presidente calificó a María Corina Machado de -exdiputada- y rechazó las intenciones de la parlamentaria de presentarse en la reunión de la Organización de Estados Americanos (OEA) que se realizó este viernes en Washington, -en reseña de Alicia de la Rosa, *El Universal*, 23 de marzo de 2014, en <http://www.eluniver-sal.com/nacional-y-politica/140323/maduro-califico-a-maria-corina-machado-de-exdiputada>. Segundo: -Exdiputada-, la llamó el presidente Nicolás Maduro el sábado, pero ayer el coordinador de la fracción del PSUV, Pedro Carreño, citó la Constitución para argumentar que Machado estaría fuera del Parlamento. -El Artículo 191 de la Constitución señala: ‘Los diputados o diputadas a la AN no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura’. Machado es delegada de Panamá en la OEA,- en la reseña sobre -Presumen despojo de inmunidad de Machado-, *La Verdad*, 24 de marzo de 2014, en <http://www.laverdad.demonagas.com/noticia.php?ide=25132>. Tercero: -Nicolás Maduro, indicó que -la exdiputada María Corina Machado la nombraron embajadora de la Organización de Estados Americanos, de un gobierno extranjero, se convirtió en funcionaria para ir a mal poner a Venezuela, a pedir la intervención-, Reseña de M.C. Henríquez, -Maduro: -La exdiputada de la AN, María Corina Machado fue a mal poner a Venezuela,- 22 de marzo de 2014, en <http://noticias24carabobo.com/actualidad/noticia/38925/maduro-la-exdiputada-de-la-an-maria-corina-machado-fue-a-mal-poner-a-venezuela/>

⁵ Véase la reseña de lo que expresó durante el programa *José Vicente Hoy*, transmitido por *Televen*, publicado por @Infocifras, 31 de marzo de 2014, en <http://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2014/03/30/presidenta-del-ts-j-actuacion-de-machado-tiene-consecuencias-juridicas/>

“Hoy en día contamos con un Poder Judicial autónomo, independiente, apegado en sus actuaciones a la Constitución y a las leyes de manera irrestricta y haciendo cumplir la voluntad del pueblo; es al pueblo al que nos debemos, estamos allí haciéndole llegar al colectivo la seguridad que cuenta con un Poder Judicial cuyas decisiones dependen solamente del bien común, de lo que les beneficie, por cuanto esa es la misión, ese es el mandato que tenemos constitucional y legalmente.”⁶

¡Pero no! En este caso, como resulta de las propias expresiones públicas de la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia el día antes de tomar la decisión revocándole inconstitucionalmente el mandato a la diputada Machado, en lugar de quedar “patente” que el Tribunal actuaría con independencia (teniendo en cuenta que la independencia judicial es cuando un tribunal actúa sólo sometido a la Constitución y a la ley), lo que quedó “patente” fue lo que la misma funcionaria dijo en el antes indicado programa de televisión, en el sentido de que el Tribunal actuaría:

“dando cumplimiento al principio de colaboración entre los Poderes, abogamos por los fines esenciales del Estado trabajando de manera coordinada, de manera armónica, con los demás Poderes del Estado.”⁷

Es decir, había una decisión tomada entre todos los poderes del Estado para actuar de manera coordinada y en colaboración, de manera de arrebatarse en breve tiempo y sin debido proceso, pero con apariencia de legalidad (es decir, con auxilio de una decisión judicial), el mandato popular a una diputada a la Asamblea Nacional (que si es representante del pueblo). Esa era la “consecuencia jurídica” de la aplicación del artículo 191 de la Constitución a las actuaciones de la Diputado Machado, que la Presidenta del Tribunal Supremo había anunciado, y que operaba –dijo–:

“*de pleno derecho*, ante la aceptación de una representación alterna de un país, indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de la ciudadana María Corina Machado, quien estaba desempeñando su cargo de diputada a la Asamblea Nacional, lo cual constituye una actividad incompatible durante la vigencia de su función legislativa en el período para el cual fue electa, pues esa función diplomática no solo va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa, sino en franca contradicción con los deberes como venezolana (artículo 130 constitucional) y como Diputada a la Asamblea Nacional (artículo 201 *eiusdem*).”⁸

Esto, que se anunció en la Nota de Prensa del Tribunal Supremo, es precisamente el texto del párrafo final de la sentencia dictada en el “caso” N° 207 de 31 de marzo de 2014, la cual, sin duda, para los anales de la justicia, o de la “in” justicia en Venezuela, amerita unos comentarios jurídicos más detallados.

II. SOBRE LA DECLARATORIA DE INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA POR CARECER LOS DEMANDANTES DE LEGITIMACIÓN PARA REPRESENTAR INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN DEFENSA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EN CONTRA DEL ABUSO DE PODER DEL PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

La demanda intentada en el caso concreto en el cual, de paso, como *obiter dictum* pero *decisorum*, la Sala Constitucional formalizó la inconstitucional revocatoria del mandato de diputado de María Corina Machado, fue intentada el día 26 de marzo de 2014, por dos concejales del Municipio Baruta del Estado Miranda en su condición de “concejales y ciudadanos” por “intereses difusos y colectivos contra el Presidente de la Asamblea Nacional Diputado Diosdado Cabello” por haber incurrido, éste, en “una vía de hecho contra la Diputada” revocándole su mandato popular, vulnerándose “de este modo nuestros derechos de participación en el sufragio directo de nuestros representantes,” siguiendo la misma línea de contenido que tuvieron las demandas que habían dado lugar a sendas sentencias del Tribunal Supremo

⁶ Véase la Nota de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia: -Aseguró la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia: Contamos con un Poder Judicial autónomo, independiente y apegado a la Constitución y las leyes-, 30 de marzo de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11797> Debe destacarse que la Presidenta del Tribunal, afirmó que el Poder Judicial era una institución que supuestamente tiene la misión de -cumplir la voluntad del pueblo,- como si se tratase de un órgano electo popularmente, lo cual no es cierto. El Poder Judicial y el Tribunal Supremo imparten justicia, y actúan -en nombre de la República y por autoridad de la ley- como lo expresa el artículo 253 de la Constitución, siendo su misión la de impartir justicia, única y exclusivamente aplicando la Constitución y las leyes de la República.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase la Nota de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia, de 31 de marzo de 2014: -Operó de pleno derecho. Tribunal Supremo de Justicia se pronuncia sobre la pérdida de la Investidura de la diputada María Corina Machado,- en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11799>

de Justicia, de condena y encarcelamiento de Alcaldes por concepto de un supuesto delito de desacato a mandamientos cautelares de amparo del Tribunal Supremo que se habían dictado días antes.⁹

Los demandantes, en efecto hicieron mención del hecho de que el Diputado Diosdado Cabello Presidente de la Asamblea, el día 24 de marzo de 2014 había anunciado al país,

“que haría cesar en sus funciones a la Diputada María Corina Machado por su participación en la Organización de Estados Americanos, lo cual fue ratificado en el día de ayer 25 de marzo, retirándola de la nómina de parlamentarios, con lo cual incurrió en usurpación de funciones, la violación del debido proceso y el menoscabo de los derechos políticos de los ciudadanos del municipio Baruta y de todos los ciudadanos venezolanos”.

Concluyeron su demanda los concejales solicitando de la Sala que ordenase al Presidente de la Asamblea Nacional, “permitir la entrada a la Asamblea Nacional a la Diputada María Corina Machado con todos los poderes inherentes a su cargo, y así poner fin a esta gravísima situación que atenta contra la institucionalidad democrática y contra los derechos políticos de los electores del Municipio Baruta”.

Tremenda sorpresa que los demandantes debieron haberse llevado, cuando al ir a clamar justicia ante el máximo Tribunal de la República en defensa de intereses colectivos y difusos como electores, contra la arbitrariedad del Presidente de la Asamblea Nacional y en defensa del mandato popular de la diputada María Corina Machado, electa con abrumadora mayoría en el Municipio Baruta, donde los concejales demandantes actúan; se encontraron con que ese Tribunal no sólo declaró inadmisibile su demanda, sino que con la sentencia dictada produjo el efecto que los demandantes buscaban evitar, ahorrándole al Presidente de la Asamblea Nacional la necesidad de incurrir en una inconstitucionalidad más, al decidir además el propio Tribunal, la revocación del mandato de la diputada Machado, con la excusa de que “de pleno derecho”, es decir, supuestamente sin que nadie tenga que resolverlo, había perdido su investidura, por haber aceptado que se la acreditara en la OEA, en la representación de Panamá, para hablar como diputada venezolana, sobre la situación política venezolana.

La declaratoria de inadmisibilidat de la demanda intentada (y con razón cualquiera se puede preguntar, ¿Cómo, si se declaró inadmisibile la demanda, se podía resolver algo que además era distinto y contrario a lo que los demandantes solicitaron?), se basó en dos precedentes anteriores a los que hizo referencia la sentencia:

Primero, la sentencia N° 656 de 30 de junio de 2000 (caso: *Defensoría del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*) en la que la Sala, si bien admitió que los particulares pueden accionar en protección de los intereses difusos o colectivos, precisó que “dentro de la estructura del Estado”:

“sólo la Defensoría del Pueblo puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue.”

Segundo, la sentencia N° 1395 del 21 de noviembre de 2000, sobre los sujetos autorizados “para reclamar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos,” ratificando que en la estructura del Estado “sólo la Defensoría del Pueblo tenía la potestad,” agregando que también podrían actuar:

“una pluralidad de organizaciones con personalidad jurídica, cuyo objeto esté destinado a actuar en el sector de la vida donde se requiere la actividad del ente colectivo, y que –a juicio del Tribunal– constituya una muestra cuantitativamente importante del sector”.

Agregó, además, la Sala Constitucional en relación con los sujetos privados, que también los ciudadanos podrían actuar en sede judicial y solicitar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos, pero que:

“tales actuaciones podían ser adelantadas por organizaciones sociales con o sin personalidad jurídica, o por individuos que acrediten debidamente en qué forma y medida ostentan la representación de al menos un sector determinado de la sociedad y cuyos objetivos se dirijan a la solución de los problemas de comunidad de que se trate.”

De ello concluyó la Sala en dicha sentencia, que “es a dichas organizaciones o actores sociales, a los que corresponde, solicitar ante esta Sala Constitucional, la tutela judicial efectiva de los derechos o intereses colectivos de rango constitucional.”

⁹ Véase las *Notas de Prensa* sobre estas sentencias en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11777> y <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11768>.

Con base en todo ello, sin embargo, la Sala Constitucional, a pesar de que reconoció que los accionantes en el caso habían aducido actuar “afectados en este caso,” sin embargo, dijo que en los alegatos o documentos del escrito no constaba:

“que sus propios intereses estén lesionados con la actuación indicada como lesiva proveniente del Presidente de la Asamblea Nacional, lo cual los hace carecer de cualidad para intentar una acción en protección de sus intereses particulares.

Por ello declaró inadmisibles las demandas, por ausencia de legitimación, a pesar de que, en otras demandas intentadas con legitimación similar por otros ciudadanos contra diversos alcaldes, por intereses colectivos o difusos, la Sala sí encontró que había la legitimación activa necesaria.

En todo caso, para “reforzar” su rechazo a admitir la demanda, la Sala también se refirió al hecho de que los demandantes hubiesen invocado su condición de “concejales municipales” del Municipio Baruta, indicando que además de que actuaban a título personal como ciudadanos, lo hacían “...en representación y a nombre de la mayoría de los ciudadanos electores del municipio Baruta y en defensa de los intereses colectivos del resto de los habitantes del municipio Baruta”, lo cual le fue negado por la Sala, argumentando que no constaba en autos “documento alguno del cual pueda desprenderse que se les ha atribuido la representación que dicen tener de la mayoría de los habitantes de ese Municipio, que están o se podrían ver afectados por la denunciada vía de hecho proveniente del Presidente de la Asamblea.” Agregó además la Sala, que menos aún constaba en el expediente que tuvieran “la representación del órgano legislativo municipal del cual son miembros,” con lo cual la Sala, adicionalmente, resolvió que no estaban “legitimados para actuar en protección de los intereses colectivos que dicen representar”, y declaró “inadmisibles” la presente acción.”

En esta forma, la Sala Constitucional declaró inadmisibles las demandas intentadas en contra las vías de hecho cometidas por el Presidente de la Asamblea Nacional y en defensa del mandato popular de la diputada Machado, frente a las pretensiones de aquél de revocarle el mandato a ésta, para lo cual no tenía competencia, a pesar de que hubiera “concierto” en el propósito con los órganos de los otros Poderes del Estado.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, ADOPTADA DE OFICIO, MEDIANTE UN *OBITER DICTUM*, SIN JUICIO NI PROCESO, QUE DESPOJÓ DE SU MANDATO POPULAR A LA DIPUTADA MARÍA CORINA MACHADO

En todo caso, la consecuencia de declarar inadmisibles una demanda por falta de legitimación del demandante, es que, una vez rechazada la cualidad para demandar, el juicio que se pretendía iniciar no puede iniciarse, y el expediente que se abrió para considerarla, simplemente debe archiversse. Declarada inadmisibles una demanda, ya no puede haber “proceso,” “causa” o “juicio” alguno. Es decir, no puede haber juicio y menos puede haber una sentencia distinta a la que decide la inadmisibilidad, ni esta puede tener un contenido distinto al fijado en la pretensión del demandante.¹⁰

¡Pero no!. En Venezuela, y no es esta la primera vez, la Sala Constitucional ha “inventado” contra todo principio elemental de la justicia constitucional, que luego de declarar inadmisibles una demanda, puede de oficio decidir otros asuntos que nadie le ha planteado, ni solicitado. Es de antología el caso de la decisión de inadmisibilidad de una acción de nulidad contra unos artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en la cual, luego de declarar inadmisibles la acción por falta de legitimación de los actores, de oficio, la Sala “aprovechó” la oportunidad para “reformular” el artículo 31 de la misma relativo a la renta neta presuntiva de los trabajadores asalariados, que ni siquiera había sido de los impugnados.¹¹

¹⁰ Como lo ha dicho la profesora María Amparo Grau, con su conocida experiencia como juez y Presidenta que fue de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Venezuela: -Una regla básica del derecho procesal es que al producirse la inadmisibilidad de la acción propuesta termina la labor del juez y éste no puede realizar ningún otro pronunciamiento. Inadmisibles, no admite peros. Inadmisibles en el derecho procesal significa que no hay proceso porque no hay acción. La función jurisdiccional, es decir, la función de decidir un caso concreto mediante la aplicación del derecho requiere de una acción. Salvo en los casos de la actividad de control político de ciertos actos, la Sala Constitucional no puede decidir nada si no hay una acción debidamente admitida, que da inicio al proceso. De manera que inadmisibles la acción nada puede el Juez agregar sobre el tema *decidendum*.- Véase en María Amparo Grau, -La sentencia política del TSJ: Inadmisibles, pero...-, publicado en *Badell & Grau*, disponible en <http://www.ba-dellgrau.com/?pag=37&ct=1458>

¹¹ Véase la sentencia de la Sala Constitucional, N° 301 de 27 de febrero de 2007, (Caso: *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), (Expediente N° 01-2862), en *Gaceta Oficial* N° 38.635 de fecha 01-03-2007. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria-, en

Pues bien, en el caso de la sentencia N° 207 nos encontramos con una situación similar, pero más grave, pues declarada sin lugar una demanda intentada en protección de intereses difusos o colectivos, la Sala procedió a “iniciar” un proceso constitucional de interpretación de la Constitución, sin proceso alguno, y “de paso” le revocó el mandato popular a una diputada, sin siquiera haber oído sus argumentos. Tan simple como eso.

Debe recordarse que la expresión latina *obiter dictum*, que significa literalmente “dicho de paso” o “dicho de pasada,” normalmente se refiere a argumentos que se exponen por el juez fuera de la decisión concreta del caso, pero que la corroboran, y que, por ello, al no formar parte de la decisión, no son ni vinculantes ni obligatorias para las partes ni para el caso. Sin embargo, en la modalidad inventada por la Sala Constitucional, sus *obiter dicta* con frecuencia se convierten en verdaderas sentencias adicionales a la que se dictan en determinados casos, con los cuales se resuelven otros asuntos, en general de oficio, pero sin debido proceso alguno, es decir, a escondidas, en la oscuridad de los cubículos del tribunal, sin que nadie se entere hasta que se publica la sentencia. ¡¡Sorpresa !!¡¡Casi como por arte de magia, pero maligna!! Pero, sin embargo, usando argumentos o informaciones del expediente ya cerrado.

Así, en este caso, la Sala procedió a decidir sobre otras cosas distintas a las planteadas en la demanda, y en particular, sobre una “pretensión” de interpretación constitucional sobre el sentido y alcance del artículo 191 de la Constitución, artículo que ni siquiera se citó en la demanda que dio inicio al expediente.¹² Pero por supuesto, frente a esas “formalidades” quizás privaba la instrucción que había de “cooperación” con los otros poderes del Estado, como lo destacó la Presidenta del Tribunal Supremo, sobre la “consecuencia jurídica” de la aplicación del artículo 191 de la Constitución en relación con las actuaciones de la diputado Machado. Por ello, la Sala Constitucional, “no obstante” la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda, pasó entonces a decidir otra cosa partiendo de la consideración de que la situación planteada “en el presente caso” era de “trascendencia nacional,” como si el “caso” siguiese en “proceso” y sin darse cuenta que ya estaba concluido con la decisión de inadmisibilidad. La mencionada “trascendencia nacional” derivaba, como lo afirmó la Sala, de que se trataba de “un asunto relacionado con la alegada pérdida de la investidura de una Diputada a la Asamblea Nacional.” En realidad, los demandantes nada habían “alegado” sobre ello, y, al contrario, lo que habían hecho había hecho era rechazar la actuación arbitraria y usurpadora del Presidente del Poder Legislativo Nacional, que pretendía despojar a una diputada de su mandato popular. Así, lo que se solicitó de la Sala Constitucional fue que:

“ordene al Presidente de la Asamblea Nacional, Diputado Diosdado Cabello Rondón, permitir la entrada a la Asamblea Nacional a la Diputada María Corina Machado con todos los poderes inherentes a su cargo, y así poner fin a esta gravísima situación que atenta contra la institucionalidad democrática y contra los derechos políticos de los electores del Municipio Baruta.”

De allí en realidad fue que la Sala invocó sus poderes de “máximo y supremo intérprete de la Constitución,” que advirtió, “*no decae porque se declare inadmisibile la acción,*” pero no para aplicar la Constitución, sino para distorsionarla, dándose la Sala Constitucional, a sí misma, carta blanca para decidir mediante “decisiones jurisdiccionales,” lo que quiera y cuando quiera, sólo invocando tal carácter. En este caso, a lo que procedió la Sala, fue a:

“analizar lo relativo al ejercicio de la función pública legislativa, y las disposiciones constitucionales que la regulan, esto es, hacer una *interpretación en beneficio de la Constitución*, y del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna la misma en su artículo 2.”

Sin que se sepa en el mundo del control de la constitucionalidad en el derecho comparado, qué puede entenderse por una “interpretación *en beneficio* de la Constitución” (no puede haber interpretación *válida* “en perjuicio” de la Constitución),¹³ la Sala comenzó por analizar el artículo 186 de la Constitución, sobre la forma de elección de los diputados, y el ejercicio del cargo de diputado, como medio de participación política del pueblo. Sobre la materia, sin embargo, la Sala no mencionó siquiera el contenido del artículo

Revista de Derecho Público, N° 109 (enero –marzo 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 193-212; y -De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente modifica las reformas legales que -sanciona-, a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007, *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276.

¹² Al menos, así se deduce de la narrativa de la sentencia, cuando glosa la demanda y los argumentos de los demandantes.

¹³ Un caso, precisamente, de interpretación inválida -en perjuicio de la Constitución,- es precisamente el de la sentencia que comentamos.

201 de la Constitución que declara a los diputados como “representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto,” pasando más bien a referirse al artículo 191 de la misma Constitución para concluir en que conforme al mismo, “de pleno derecho” la diputada Machado había “perdido su investidura” de diputado.

La Sala Constitucional aplicó incorrecta e indebidamente dicha norma al caso de la diputada Machado, pues para que su texto tuviese “consecuencias jurídicas” habría sido necesario que un diputado aceptase o ejerciera “cargos públicos,” se entiende, dentro del Estado venezolano,¹⁴ a dedicación exclusiva, y en cualquiera de los órganos de los poderes del Estado.

IV. EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 191 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS DIPUTADOS EN EL MARCO DEL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES Y DEL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO

El artículo 191 de la Constitución, mencionado en la sentencia, y cuyas consecuencias jurídicas fueron la que se aplicaron “de pleno derecho” a la diputada Machado, en efecto establece lo siguiente:

Artículo 191. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva.

Esta norma, que ha sido tradicional en el constitucionalismo histórico de Venezuela, encontró su primera expresión en la Constitución de 1830 en la cual se dispuso que:

“Art. 82. El ejercicio de cualquier otra función pública es incompatible durante las sesiones con las de representante y Senador.”

Luego, a partir de la Constitución de 1858, la norma encontró el sentido de la regulación que se refleja en la norma actual, al establecerse la “consecuencia jurídica” derivada de la prohibición, al disponer que:

“Art. 45. Los Senadores y Diputados no podrán aceptar destino alguno de libre elección del Poder Ejecutivo, con excepción de las Secretarías del despacho, empleados diplomáticos y mandos militares en tiempo de guerra; pero la admisión de estos empleos deja vacante los que ocupen en las Cámaras.”

Por tanto, históricamente, en el constitucionalismo venezolano, con la sola excepción de la Constitución de 1947 (art. 147), la previsión constitucional del artículo 191 de la Constitución de 1999 ha derivado de un principio tradicional en los sistemas presidenciales, conforme al cual, quien haya sido electo por el pueblo como representante o diputado al órgano legislativo, en nuestro caso a la Asamblea Nacional, no puede aceptar o ejercer un “cargo público” dentro del Estado, es decir, en ningún otro órgano del mismo Estado, y particularmente en el Ejecutivo Nacional, y si lo hace, pierde su investidura, con la consecuencia jurídica de que cuando cese en el ejercicio del cargo ejecutivo que aceptó o ejerció, no puede regresar a ocupar o ejercer el cargo de diputado para el cual había sido inicialmente electo.

El sentido de la norma, en el sistema de separación de poderes que regula la Constitución, en particular, en las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en el marco del sistema presidencial de gobierno, es evitar que se produzca una *turbatio* de funciones entre ambos poderes del Estado, evitando que los diputados electos a la Asamblea Nacional puedan ser nombrados para desempeñar cargos ejecutivos, que están sometidos al control del órgano legislativo, y que luego de cesar en el ejercicio de éstos, puedan volver a realizar funciones legislativas y de control político desde la Asamblea, precisamente en relación con los órganos del Poder Ejecutivo del cual habrían formado parte.

Como lo decidió la propia Sala Constitucional en la sentencia N° 698 de 29 de abril de 2005, citada en la sentencia que comentamos:

“un segundo destino público para un Diputado casi de seguro será en una rama distinta del Poder Público, con lo que se generaría una situación que debe siempre ser tratada con cuidado: la posible interferencia –y no colaboración– de una rama en otra. No puede olvidarse que el Poder Legislativo es contralor del Ejecutivo y a su vez controlado, de diferente manera, por el Judicial y por el Ciudadano. Una indefinición de roles pone en riesgo el principio de separación en el ejercicio del poder.”¹⁵

¹⁴ El profesor José Ignacio Hernández interpreta con razón, que la referencia a cargo público en el artículo 191 de la Constitución es a -cargo público- como sinónimo de -cargo dentro del Estado-. Véase en su trabajo: ¿María Corina Machado dejó de ser diputada?, en *Prodavinci.com*, 24 de marzo de 2014, en <http://noticias24carabobo.com/actualidad/noticia/38925/maduro-la-exdiputada-de-la-an-maria-corina-machado-fue-a-mal-poner-a-venezuela/>

¹⁵ Véase la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/698-290405-03-1305.HTM>

Ese es el sentido y no otro, de la norma del artículo 191, que ha estado con tal intención en todas las Constituciones anteriores, en particular en el artículo 141 de la Constitución de 1961.¹⁶

Conforme a ella, por tanto, para preservar la separación de poderes en el régimen presidencial de gobierno, un diputado, *primero*, no puede aceptar o ejercer un “cargo público” en cualquier otro órgano del Estado, y si lo hace pierde su investidura; *segundo*, puede ejercer un “cargo público” en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva, en cuyo caso no pierde su investidura; y *tercero*, no puede ejercer “cargos públicos” en dichas actividades si ello supone dedicación exclusiva, y si lo hace, pierde su investidura.

De ello deriva que la aplicación de la norma, es decir, la “consecuencia jurídica” que se deriva de la misma, que es la posible “pérdida de investidura” del diputado, nunca es automática, es decir, no puede operar “de pleno derecho;” y ello, *primero*, porque si se trata de la aceptación o ejercicio de un “cargo público,” no basta ni siquiera con que por ejemplo aparezca publicado el nombramiento en *Gaceta Oficial*, o que el mismo esté plasmado en una comunicación oficial, para que la “consecuencia jurídica” de la norma se produzca, sino que el “cargo público” de que se trate tiene que ser “aceptado” o debe ser “ejercido,” y todo ello requiere ser probado. *Segundo*, porque si se trata del ejercicio de un *cargo público en actividades* docentes, académicas, accidentales o asistenciales, es necesario determinar si dicho ejercicio del cargo supone o no dedicación exclusiva, lo que de nuevo es casuístico y requiere de prueba.

Sin embargo, ignorando completamente el origen, el sentido, y el mismo texto de la norma que habla de “cargos públicos,” y no de “actividades” la Sala Constitucional pasó a interpretarla incurriendo, de entrada en un error de lectura y apreciación, al referirse a que la salvedad que hace el artículo es respecto de “*otras actividades*” que puede realizar el diputado “que no generan la pérdida de su investidura, señalando *actividades* docentes, académicas, accidentales o asistenciales, cuando el desempeño de las mismas no supongan dedicación exclusiva o desmedro de las funciones que ya ejerza.” Esa errada interpretación aparentemente inadvertida, fue sin duda deliberada, como se verá más adelante, para terminar “mutando” la Constitución,¹⁷ como ya lo ha hecho en otras ocasiones.¹⁸ En todo caso, dicha interpretación es errada: la norma no establece excepciones respecto de “actividades” que pueden o no ejercerse por los diputados sin perder su investidura. La norma lo que establece es que los diputados no pueden aceptar o ejercer “*cargos públicos*,” estableciendo sin embargo como excepción, los casos de ejercicio de *cargos públicos “en actividades* docentes, académicas, accidentales o asistenciales” que no supongan dedicación exclusiva, ya que conforme al artículo 197 de la Constitución, los diputados “están obligados a cumplir sus labores a dedicación exclusiva.”

¹⁶ Debe recordarse que en la sesión del día 3 de noviembre de 1999, al discutirse el proyecto de articulado sobre el Poder Legislativo nacional, se leyó el texto de un artículo que tuvo sucesivamente los números 208 y 210, con el siguiente texto: *-Los miembros de la Asamblea Nacional no podrán aceptar cargos públicos sin perder su investidura.-* Hubo un largo debate sobre la conveniencia de la propia norma e incluso sobre la necesidad de prever algunas, para actividades como las docentes y de otra índole. Incluso el Constituyente Nicolás Maduro llegó a proponer que la norma no debía incluirse y que al contrario debía preverse que -cualquier miembro del Parlamento que sea requerido por el Gobierno para una función ministerial pueda ir a cumplir su función y no pierde la investidura como miembro del Parlamento.- Luego propuso que el artículo no se aprobara, lo que fue acogido y el mismo pasó de nuevo a la Comisión para darle una nueva redacción. En la sesión del día 13 de noviembre de 1999, se sometió a discusión la norma, con la siguiente redacción propuesta por el Constituyente Di Giampaolo, con quien había discutido personalmente la importancia de que la norma se incluyera en el texto constitucional, con el siguiente texto: *-Artículo 210.- Los miembros de la Asamblea Nacional no podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes y asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva,-* habiendo resultado aprobado, sin discusión de ninguna naturaleza. Es en definitiva el texto del artículo 191 de la Constitución de 1999, aún cuando en alguna Comisión -de estilo,- como sucedió con tantas normas, entre las excepciones se agregaron los cargos -académicos- y -accidentales.- Véase en el *Diario de Debates*, de la Asamblea Nacional Constituyente, sesiones del 3 y 13 de noviembre de 1999.

¹⁷ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, -Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos- en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, -Límites a la mutación constitucional,- en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992

¹⁸ 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.

Esta norma nada tiene que ver con alguna supuesta “ética parlamentaria o legislativa,” sino con la preservación de la separación de poderes, al no permitir que los diputados ejerzan otros cargos públicos, y si lo hacen, al cesar en ellos siguieran siendo diputados. Eso es lo que busca evitar la norma, siendo la excepción sólo para los cargos en docentes, académicos, accidentales o asistenciales que no sean de dedicación exclusiva, porque si lo son, el diputado para seguir siendo tal y no perder su investidura, no lo puede aceptar o ejercer.

Nada tiene que ver esta norma, con una supuesta “prohibición” que como erradamente lo afirmó la Sala Constitucional:

“responde a la necesidad de que exista una ética parlamentaria o legislativa, y está plenamente concatenada con otras disposiciones constitucionales tendientes a preservar la ética como valor superior de la actuación de los órganos del Estado, y principios como la honestidad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, entre otros, en el ejercicio de la función pública, siendo la condición de funcionario o funcionaria pública, inherente a la prestación de un servicio a los ciudadanos y ciudadanas de la República Bolivariana de Venezuela, independientemente que aquélla se lleve a cabo a través del cargo que se ocupe en alguno de los órganos que conforman el Poder Público Nacional, esto es, sea el cargo ocupado de carrera, de confianza o de elección popular.”

Ello, aparte de tratarse de frases floridas relativas a importantes principios y valores constitucionales, es un argumento vacío, que ignora la razón de ser de la norma, cuyas previsiones y consecuencia jurídica nada tiene que ver con el florido argumento contenido en el párrafo. Se insiste, lo que la norma busca es preservar la separación de poderes y evitar que con el vaso comunicante que se pueda establecer con diputados que pasen al Ejecutivo y luego vuelvan a la Asamblea, se pueda empeñar la función de control y balance entre los poderes; y nada cambia por el hecho de que los diputados, a los efectos de las previsiones contra la corrupción, se consideren como funcionarios públicos (art. 3.1 Ley contra la Corrupción), pero a los cuales por supuesto no se les aplica la Ley del Estatuto de la Función Pública como lo menciona la sentencia.

Sobre esta última Ley que se indica en la sentencia, además, debe advertirse que el artículo 1.1 de dicho Estatuto de la Función Pública, al disponer que “quedan excluidos de la aplicación de esta Ley [...] los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional,” no se refiere en forma alguna a los diputados, que “no están al servicio del Poder Legislativo Nacional” ya que los mismos son precisamente parte por excelencia del mismo, es decir, son quienes ejercen en la Asamblea dicho Poder. Los mismos, además, por supuesto, no ejercen sus funciones por vía “nombramiento” de nadie sino porque son electos popularmente, siendo la exclusión establecida en la norma de la Ley del Estatuto de la Función Pública destinada a los funcionarios (no electos) que están al servicio del Poder Legislativo, es decir, a los funcionarios administrativos que laboran en la Asamblea Nacional, y que están sometidos a su propio estatuto de personal. Ello no excluye por supuesto que los diputados, como todos los funcionarios públicos, estén sujetos como se recuerda en la sentencia, a la “Constitución, las leyes, los Reglamentos y normas que rijan sus funciones” sometidos a los “principios de la ética” y “sin que por ningún motivo puedan menoscabar la soberanía e independencia del país, su integridad territorial, la autodeterminación y los intereses nacionales de Venezuela.”

Pero ello nada tiene que ver con el sentido del artículo 191 de la Constitución que lo que busca es evitar que los diputados pasen a ocupar cargos públicos en el Ejecutivo Nacional, a dedicación exclusiva, y luego pretendan volver a su curul parlamentaria, al cesar en el ejercicio de esos cargos. Si hay algún hecho público y notorio en el caso que fue sometido al Tribunal Supremo al demandarse la conducta de hecho y usurpadora del Presidente de la Asamblea, fue que María Corina Machado como diputada de la Asamblea Nacional, nunca aceptó ni ejerció “cargo público” alguno en el Ejecutivo Nacional, ni en la Administración Pública, ni en general, en ninguno de los otros órganos de los Poderes del Estado, por lo que la norma era completamente inaplicable a la situación generada por el hecho de haber sido acreditada, en su carácter de diputada a la Asamblea Nacional, en forma *ad hoc* y *ad tempore* en la representación de Panamá ante la OEA, para precisamente hablar en tal carácter de diputada a la Asamblea Nacional de Venezuela, sobre la crisis política y sobre la situación en el país.

Como lo ha expresado el propio Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, “la Diputada María Corina Machado intervino ante el Consejo Permanente de dicha Organización, en calidad de parlamentaria venezolana y que sólo a tal fin, la República de Panamá solicitó su acreditación en calidad de Representante Alterna,” ratificando “que es una práctica usual de esta institución aceptar y permitir “la participación y uso de la palabra en sesiones de los órganos políticos de la OEA de representantes que no

necesariamente tenían la nacionalidad del Estado miembro al que representaban”, tal y como ocurrió en 2009, cuando la ex canciller hondureña, Patricia Rodas, se dirigió al Consejo Permanente como representante de Venezuela.”¹⁹

V. LA PROHIBICIÓN A LOS DIPUTADOS DE ACEPTACIÓN DE CARGOS, HONORES O RECOMPENSAS DE GOBIERNOS EXTRANJEROS

Otra de las normas invocadas en la sentencia de la Sala Constitucional, fue el artículo 149 de la Constitución, supuestamente incorporado en la Constitución, al decir de la Sala Constitucional, para “impedir que las personas que presten la función pública incurran en hechos contrarios a la ética, a la moral y honestidad que debe imperar en todas sus actuaciones; que atenten contra la independencia y soberanía nacional, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación, o contra el funcionamiento de las instituciones del Estado.” Después de afirmar esto la Sala se refirió al mencionado artículo 149, que dispone:

Artículo 149. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional.

Esta norma también tiene una larga tradición en el constitucionalismo histórico de Venezuela, habiendo estado en todas las Constituciones anteriores desde que fue incorporada por primera vez en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, en la cual se dispuso:

“205. Cualquiera persona que ejerza algún empleo de confianza u honor, bajo la autoridad del Estado, no podrá aceptar regalo, título o emolumento de algún Rey, Príncipe o Estado extranjero, sin el consentimiento del Congreso.”

Como se desprende del texto de dicho artículo 149, antes transcrito, y de su antecedente remoto de 1811, ningún funcionario público puede “aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional”; autorización que, por supuesto, conforme al artículo 187.13 de la Constitución, debe darla la “Asamblea Nacional” como cuerpo colegiado. Por ello esta última norma dispone que “corresponde a la Asamblea Nacional [...] autorizar a los funcionarios públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros.” Es un exabrupto jurídico, por tanto, lo afirmado en la sentencia que comentamos de la Sala Constitucional, en el sentido de que supuestamente:

“en concordancia con lo establecido en el numeral 13 del artículo 187 de la Constitución, para que un funcionario público o una funcionaria pública acepte de un gobierno extranjero, un cargo, honor o recompensa, es obligatorio que cuente con la autorización, esto es, el *permiso o licencia del Poder Legislativo Nacional, en la persona de su Presidente, por cuanto es quien ejerce la dirección de esa función pública en el Poder Legislativo Nacional.*”

Es imposible creer que esta barbaridad jurídica de atribuir al Presidente de la Asamblea el ejercicio de las competencias que el artículo 187 de la Constitución dispone que “corresponden a la Asamblea Nacional,” sea un error jurídico inocente de la Sala Constitucional. Lo que corresponde a la Asamblea (art. 187) sólo lo puede ejercer el cuerpo colegiado en sesión de los diputados; no teniendo el Presidente de la Asamblea en la Constitución sino atribuciones formales particularmente en el procedimiento de formación de las leyes (por ejemplo, artículos 213 y 216). Es totalmente inconstitucional, por tanto, esta atribución que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo hace al Presidente de la Asamblea Nacional de las competencias que en la Constitución sólo corresponden a la Asamblea nacional, como cuerpo colegiado.

La norma del artículo 149, en cuanto a la prohibición que establece a los funcionarios públicos en general de aceptar “cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros,” y de la posibilidad de su aceptación sólo con autorización de la Asamblea Nacional, tiene el propósito de regular un mecanismo de control político por parte del órgano representativo nacional en relación con las relaciones o vínculos que existan o se establezcan entre los funcionarios públicos y los gobiernos extranjeros, y nada más. Nada tiene que ver esta norma con argumentaciones como las expresadas en la sentencia en el sentido de que la misma tenga:

¹⁹ Véase -Insulza: Machado habló en la OEA en su condición de diputada venezolana,- en El Universal, 28 de marzo de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/protestas-en-venezuela/140328/insulza-machado-hablo-en-la-oea-en-su-condicion-de-diputada-venezolana>

“su razón de ser y es que toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público, y aun mas quienes ejerzan la función pública, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, *“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 las ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”*.”

Aún cuando sea difícil encontrar relación alguna entre el artículo 25 de la Constitución que establece la garantía objetiva respecto de los derechos humanos, y el artículo 149 de la Constitución; lo cierto es que en cuanto a la prohibición que se establece en dicha norma, no hay en el texto fundamental, al contrario de lo regulado en el artículo 191, previsión alguna que indique cual es “la consecuencia jurídica” de la aplicación de la norma, es decir qué consecuencia existe cuando un funcionario público acepte “cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros” sin haber obtenido autorización de la Asamblea Nacional. Puede tratarse, por ejemplo, de una condecoración, o de un reconocimiento o recompensa por servicios humanitarios prestados en otro país, o del ejercicio de un cargo en un Estado extranjero, si acaso un país aceptaría que un extranjero ejerza cargos que usualmente se reservan a los nacionales.

En cualquier caso, nada dice la Constitución en relación con cuál es la “consecuencia jurídica” que deriva del hecho de no obtenerse la autorización de la Asamblea Nacional respecto de los funcionarios públicos de cualquiera de las ramas del Poder Público, cuando lleguen a aceptar “cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros.” Es más, en relación con los funcionarios públicos en general, ni siquiera la Ley del Estatuto de la Función Pública de 2002, tipifica esa posible ausencia de autorización como “falta” disciplinaria que amerite “amonestación” y menos destitución (arts. 82 y 86).²⁰ La única consecuencia jurídica vinculada a la norma, en todo caso, es la previsión del artículo 142 del Código Penal que sanciona, no sólo a los funcionarios sino en general a cualquier venezolano “que acepte honores, pensiones u otras dádivas de alguna nación *que se halle en guerra con Venezuela*” en cuyo caso se prevé un castigo de seis a doce años de presidio.

Ahora bien, en cuanto a los diputados a la Asamblea Nacional, en este caso, al contrario de lo previsto en el artículo 191 de la Constitución, si llegaren a incumplir con la obligación de obtener la autorización mencionada de la Asamblea Nacional, no se prevé en norma alguna constitucional o de otra índole, sanción alguna ni que el diputado “pierda su investidura,” por lo cual en el caso de la diputada Machado, para el caso negado de que el haber sido acreditada en la representación de Panamá ante el Consejo Permanente de la OEA, para hablar como diputada de Venezuela y no como “representante” de Panamá, sobre Venezuela en una sesión de la OEA sobre la situación en Venezuela, se llegase a considerar que se requería de la autorización del la Asamblea Nacional, ello en ningún caso produciría en forma alguna la pérdida de su investidura.

Para que pueda aplicarse alguna sanción a un diputado en tal caso, se requeriría de una regulación legal que prevea dicha conducta como delito, en cuyo caso, se le tendría que aplicar la pena que se establezca mediante un proceso penal con las garantías debidas.²¹

VI. EL VERDADERO PROPÓSITO DE LA SALA CONSTITUCIONAL AL HABER PROCEDIDO A DECIDIR, DE OFICIO, SIN PROCESO, TORCIENDO LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 191 DE LA CONSTITUCIÓN, PARA REVOCARLE SU MANDATO POPULAR A LA DIPUTADA MARÍA CORINA MACHADO

La sentencia N° 270 del Tribunal Supremo de Justicia, luego del excurso en relación con el artículo 149 de la Constitución que antes hemos destacado, volvió sobre el tema del artículo 191 constitucional a cuyo efecto citó y transcribió parte de otra sentencia de la misma Sala, la N° 698 del 29 de abril de 2005, en la cual decidió sobre un recurso de interpretación que se había interpuesto respecto de los artículos 148, 162 y 191 de la Constitución considerándolos aplicables a los miembros de los Consejos Legislativos de los Estados, y nada más.

²⁰ Debo mencionar que, a propuesta nuestra, en la Ley de Carrera Administrativa de 1971, en cambio, sí se previó la sanción de destitución respecto de los funcionarios públicos que aceptaren honores, cargos o recompensas de gobiernos extranjeros, sin la autorización del Congreso (arts. 29.4 y 62.9. Véase en *Gaceta Oficial* N° 1745 de 23 de mayo de 1975.

²¹ Véase Claudia Nikken, -Notas sobre el artículo 187.20 de la Constitución,- *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 137 (enero-marzo 2014), (en preparación)..

Esta sentencia nada agregó sobre el sentido de las normas, salvo como antes se ha dicho, precisar que la norma tiene por objeto salvaguardar la separación de poderes y el contrapeso entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Pero independientemente de la cita jurisprudencial, la Sala Constitucional siguió “explicando,” sobre la incompatibilidad establecida en el artículo 191, indicando que:

“la pérdida de investidura a la que alude el artículo 191 constitucional, es la consecuencia jurídica prevista por el Constituyente ante el hecho o circunstancia de la aceptación de actividades incompatibles – que por su carácter– van en desmedro de la función pública ejercida.”

Esa “explicación,” en todo caso, como se ha dicho, era errada, pues el artículo 191 no se refiere a “actividades incompatibles” sino a “cargos públicos” y a “cargos públicos en actividades” varias. Pero de esta premisa errada, y distorsionante, fue que derivó, entonces, lo único que la Sala Constitucional quería en realidad decidir, de oficio, siguiendo sin duda el lineamiento fijado por los otros Poderes del Estado, antes mencionados, atendiendo a la “coordinación,” “cooperación” y “colaboración” entre los mismos a lo cual había hecho referencia la propia Presidente de la Sala Constitucional la víspera de la decisión; y era que:

“la aceptación de una representación (sea permanente o alterna), indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de un Diputado o Diputada a la Asamblea Nacional que está desempeñando su cargo durante la vigencia del período para el cual fue electo o electa, constituye una actividad a todas luces incompatible, y no puede considerarse como actividad accidental o asistencial, pues esa función diplomática va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa.”

Esta “interpretación,” por supuesto, se insiste, es totalmente errada, por múltiples razones:

Primero, porque la “incompatibilidad” que establece el artículo 191 de la Constitución, como viene de decirse, es entre la condición de diputado y el ejercicio o aceptación de un “cargo público.” No es una incompatibilidad entre “actividades” como se advirtió anteriormente, siendo el argumento de la Sala deliberadamente distorsionante para buscar una interpretación igualmente torcida, pero favorable al objetivo perseguido en virtud del lineamiento que debía atender.

Segundo, para que se pueda producir la “incompatibilidad,” el diputado debe haber aceptado o ejercido un “cargo público,” que además sea incompatible con la dedicación exclusiva de la función parlamentaria. Sin embargo, la Sala de lo que habla en su sentencia es de la supuesta “aceptación de una representación [...] en un organismo internacional,” que si se hubiese producido nada tiene que ver con “cargos públicos.” Por lo demás, nada se dice en qué consiste eso de aceptar una “representación ante un organismo internacional.” ¿En qué consistiría esa “representación”? ¿En cuál carácter sería aceptada? Lo que tenía que decidir la Sala, si acaso, era que ser acreditado para hablar en una sesión de un organismo internacional con el carácter de diputado de la Asamblea Nacional de Venezuela, no era aceptar o ejercer un cargo público. Nada más. Y eso no fue lo que hizo la Sala. Esta lo que hizo fue distorsionar la norma a conveniencia, argumentando sobre supuestos que la misma no regula.

Tercero, el que un diputado venezolano sea acreditado por la representación de un país que lo invite a asistir a una sesión de la OEA en el que se trataría el tema de Venezuela, para que hable en tal carácter de diputado de la Asamblea Nacional venezolana; aparte de que en los términos de la Constitución no es aceptar o ejercer ningún “cargo público” –única posibilidad de que se aplique la incompatibilidad–, es una “actividad” completamente compatible con las funciones de diputado, lo que es más, es de la esencia de dicha función teniendo en cuenta, como lo dice la Constitución, que los diputados “son representantes del pueblo, no sujetos a mandatos ni instrucciones, sino a su conciencia” (art. 201), por lo que de su actuación sólo tienen que dar cuenta a sus electores (art. 197).

Ante la sentencia, lo que cabe es preguntarse: ¿Cómo puede entenderse que realizar esa actividad (que no es ejercer “cargo público” alguno), al decir de la Sala, sin argumentación alguna, sino sólo porque sí, “constituye una actividad a todas luces incompatible, y no puede considerarse como actividad accidental o asistencial, pues esa función diplomática va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa”? ¿Cómo puede llegar la Sala a calificar la acreditación para hablar en un organismo internacional como una “función diplomática? Una función diplomática es la que realizan los funcionarios diplomáticos en representación de un Estado ante otros Estados o ante la comunidad internacional. Para ello, en cualquier Estado del mundo, esos funcionarios requieren de un nombramiento que les permita ostentar el “cargo diplomático” que es el que le puede permitir realizar funciones diplomáticas. Nada de eso

ocurre cuando un diputado de la Asamblea Nacional de Venezuela va a hablar sobre Venezuela en tal carácter, sin aceptar ni ejercer “cargo público” de Venezuela ni de Estado alguno, en una sesión de la OEA donde se va a discutir la situación de Venezuela. ¿Cómo puede decirse que ello va “en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo” el diputado, cuando quien define la función legislativa es el diputado que la ejerce en representación del pueblo, conforme a su conciencia?

Pues bien, con base en todas las distorsiones del texto, letra, espíritu y razón de la norma a las cuales hemos hecho referencia, la Sala concluyó con que:

“Esa es la interpretación que debe dársele al artículo 191 de la Constitución concatenadamente a otras disposiciones como el artículo 149 *eiusdem*, en aras de preservar la ética como valor superior del ordenamiento jurídico, el respeto a las instituciones del Estado Venezolano y el deber de cumplir de acatar la Constitución, las leyes y las normas del ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.”

Después de esta “declaración,” que no es otra que considerar que el artículo 191 de la Constitución no establece lo que establece, es decir, una incompatibilidad de la situación de diputado con el ejercicio o aceptación de un “cargo público,” sino que establece otra cosa —que no establece—, como es una supuesta incompatibilidad de la función legislativa con otras “actividades” que la Sala evalúa libremente, pasó entonces la Sala a arrebatarle el mandato popular a la diputada Machado. Tal como la Presidenta del Tribunal Supremo lo había anunciado el día antes, cuando expresó en un programa de televisión, como antes se ha dicho que: “obviamente tiene consecuencias jurídicas” que la parlamentaria María Corina Machado haya “aceptado un destino diplomático en un país extranjero.”²²

VII. EL RECURSO AL “HECHO PÚBLICO, NOTORIO Y COMUNICACIONAL” PARA SENTENCIAR SIN PRUEBAS, VIOLANDO EL DEBIDO PROCESO

Para “decidir” sin probar nada sobre lo que ya tenía decidido, la Sala Constitucional recurrió al ya inveterado expediente de la existencia de un “hecho público, notorio y comunicacional” para decidir, sin probar nada, recurriendo a “recortes de periódicos,” para lo cual citó y transcribió lo que ya antes había decidido en sentencias N° 98 del 15 de marzo de 2000 (caso: “*Oscar Silva Hernández*”)²³ y N° 280 del 28 de febrero de 2008 (caso: “*Laritza Marcano Gómez*”),²⁴ considerando por tanto, como hechos que no requerían prueba para decidir, “*y se tienen como ciertos*,” una serie de hechos que, dijo la Sala “se refiere el asunto examinado en la presente causa,” cuando en realidad no había “causa” pues la Sala Constitucional en la sentencia, decidió terminar la única causa que se había iniciado mediante demanda, al declararla inadmisile por falta de legitimación de los demandantes, con lo cual la causa había quedado terminada..

Por ello, antes de referirnos a los “hechos públicos y notorios comunicacionales” que usó la Sala para decidir —no se sabe cuál “causa”—, es por tanto necesario y obligado volver a preguntarse sobre el tema de a cuál causa se refirió la Sala al mencionar la “presente causa.” Es decir, es necesario saber cuál era la “causa” que estaba decidiendo la sala, para poder saber cuál era “el asunto examinado en la presente causa” que mencionó en la sentencia.

Y la verdad es que no había “causa” alguna, es decir, la Sala decidió revocarle el mandato popular a una diputada a la Asamblea Nacional, sin “causa” ni proceso; siendo la “causa” en materia procesal, la expresión común utilizada en el foro para referirse a un “juicio,” o a un “proceso,” lo que significa que la Sala Constitucional, como “máxime garante de la Constitución” actuó inconstitucionalmente al decidir un asunto de tanta trascendencia como es, en violación del principio democrático, revocarle el mandato popular a una diputada que sólo le corresponde al pueblo mediante un referendo revocatorio; y todo ello, sin causa, sin proceso, sin juicio, es decir, además, en violación del artículo 49 de la Constitución que garantiza el debido proceso.

²² Véase la reseña de lo que expresó durante el programa José Vicente Hoy, transmitido por Televen, publicado por @Infocifras, 31 de marzo de 2014, en <http://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2014/03/30/presidenta-del-ts-j-actuacion-de-machado-tiene-consecuencias-juridicas/>

²³ Véase sobre esta sentencia véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -Consideraciones sobre el -hecho comunicacional- como especie del -Hecho Notorio- en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo- en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232.

²⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/280-280208-07-1732.HTM>

La Sala, en efecto, decidió arrebatarle el mandato popular a una diputada, sin garantizarle el derecho a la defensa, “que es inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso” (art. 49.1). Quizás la Sala para justificar lo injustificable llegue entonces a decir, que como no hubo “proceso” no tenía que garantizarle este derecho al diputado Machado, lo que haría más aberrante la decisión.

Pero sin duda que, si hubo proceso o “causa” como lo calificó la propia Sala al decidir, por lo que estaba obligada a respetar la regla de que “toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso” (art. 49.3) y a ser “juizada con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley” (art. 49.4). Nada de ello ocurrió en este caso, en el cual, violando todas esas garantías, la Sala decidió una causa o proceso de interpretación de la Constitución, pero para despojar de su mandato popular a una diputada para lo cual en ningún caso tiene competencia, pues ello sólo corresponde al pueblo que la eligió.

La Sala Constitucional, además, violó la regla de que “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (art. 49.2), lo que en materia procesar exige que quien alegue algo contra alguien debe probar su alegato. Es decir, que la prueba está a cargo de quien acusa o demanda. Y en este caso de inexistencia de “causa”, a la pregunta de quién era el “demandante” o “acusador”, no habría otra respuesta que no sea señalar a la propia Sala, que fue la que decidió actuar en este caso de oficio. A la Sala Constitucional le correspondía entonces probar el supuesto de hecho de la norma el artículo 191 de la Constitución para sacar su conclusión preconcebida sobre las “consecuencias jurídicas” de la misma, que era la pérdida de la investidura. Para ello, la Sala tenía que haber probado primero que había un “cargo público” determinado y que la diputado Machado lo había efectivamente aceptado o ejercido, para lo cual debía probar, además, por ejemplo, el nombramiento publicado en *Gaceta Oficial* o el oficio de nombramiento, o actuaciones que demostraran el “ejercicio” efectivo del cargo; y en todo caso, probar además –si estaba demostrada la aceptación o ejercicio de un “cargo público” que no era el caso–, que el nuevo “cargo público” aceptado o ejercido suponía una “dedicación exclusiva.” Todo ello requería de actividad probatoria, que, en este caso, como el Tribunal estaba actuando de oficio, era la Sala la que tenía que asegurarla.

¡Pero no! La Sala Constitucional apeló al absurdo expediente de que la norma “opera de pleno derecho” para lo cual nadie debía probar nada, sino dar por probados o por ciertos determinados hechos, y simplemente, basados en que un enemigo político de la persona involucrada formule acusaciones sin fundamento jurídico ni, de hecho. Pero como quien las formuló fue el Presidente de la Asamblea Nacional, además del Presidente de la República, la Sala entonces juzgó que había que actuar de oficio, “coordinadamente,” en “colaboración” y “cooperación” con ellos, y simplemente decidir que “de pleno derecho” la diputada Machado había perdido su investidura, sin alegatos ni pruebas algunas, es decir, se le revocó el mandato popular a una diputada porque así lo resolvió el “máximo intérprete y garante de la Constitución,” sin causa ni proceso ni prueba alguna, de oficio.

Una vez decidida la causa iniciada por los concejales Zambrano y Ascensión del Municipio Baruta, y declarada inadmisibile la demanda, que en el caso era la única “causa” existente, la misma cesó, se terminó, y había que archivar el Expediente; y si bien la Sala podía formular argumentaciones adicionales o complementarias en un *obiter dictum*, ello no lo podía hacer para iniciar otra nueva supuesta “causa,” sin partes, o actuando la propia Sala Constitucional como juez y parte, que fue lo que ocurrió en esta caso, violando uno de los principios más elementales de la administración de justicia en el mundo, y es que nadie puede ser juez y parte en una causa.

Ahora bien, para cometer esta aberración jurídica, con el único propósito de revocarle el mandato a la diputada María Corina Machado, la Sala Constitucional estableció que los siguientes eran hechos notorios y comunicacionales que daba por ciertos, es decir, por probados, y por tanto que no requerían prueba:

Primero,

“Que con fecha 5 de marzo de 2014, el Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Nicolás Maduro Moros, en su condición de Jefe de Estado, decidió romper relaciones comerciales y diplomáticas con la República de Panamá, anunciando al país lo siguiente: *“He decidido romper con las relaciones diplomáticas y comerciales con Panamá. Nadie va a conspirar contra nuestro país. A Venezuela se respeta y no voy a aceptar que nadie conspire contra Venezuela para pedir una intervención”*. Tomado de la página web http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-Venezuela-rompio-relaciones-Panamá_0_367163449.html (resaltado de este fallo).

Segundo,

“Que con fecha 20 de marzo de 2014, fue dirigida una misiva al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, ciudadano José Miguel Insulza, por parte del Representante Permanente de Panamá ante ese organismo, ciudadano Arturo Vallarino, para solicitar que a partir de ese día, la ciudadana María Corina Machado, fungiera como Representante Alterna de la Delegación de Panamá. En la misma, se lee: *“Tengo el honor de dirigirme a vuestra excelencia a fin de solicitarle tenga a bien acreditar a la diputada María Corina Machado, como Representante Alterna de la Delegación de la República de Panamá ante la Organización de Estados Americanos, a partir de la fecha”*. (Resaltado de este fallo). Tomado de la página web <http://www.informatico.com/25-03-2014/lo-dijo-insulza-maria-cori-na-silla-prestada>.”

Tercero,

“Que en Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional del día 25 de marzo de 2014, fue solicitada la Moción de Urgencia del Diputado Andrés Eloy Méndez, mediante la cual requirió la declaratoria de pérdida de la investidura de la ciudadana María Corina Machado, como Diputada a la Asamblea Nacional; ***la cual fue aprobada por ese órgano legislativo.***”

De todo lo anterior, la Sala Constitucional dedujo que:

“es un hecho notorio comunicacional, el que la ciudadana María Corina Machado, en su condición de Diputada a la Asamblea Nacional, aceptó participar en el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos “como representante alterna del gobierno de Panamá”, por lo que la circunstancia que haya podido participar o no, y los términos en que lo hubiese hecho, son irrelevantes, ante la evidente violación de las disposiciones constitucionales que regulan la función pública legislativa, la condición de ocupar un cargo de Diputada a la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, y el deber que como todo venezolano y venezolana tiene de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación (artículo 130 constitucional).”

La conclusión, por supuesto, nada tiene que ver con lo que regula el artículo 191 de la Constitución cuya “consecuencia jurídica” fue la que la Sala consideró que operaba de pleno derecho: que *pierde la investidura de diputado el que acepte o ejerza un cargo público que suponga dedicación exclusiva*. En su argumentación, sin embargo, la Sala Constitucional no se refirió a ello, sino que a lo que se refirió, fue a que la diputada Machado lo que había aceptado era “participar en el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos ‘como representante alterna del gobierno de Panamá,’ ” que nada tiene que ver con el supuesto de hecho ni de derecho de la norma que se refiere a la aceptación de un “cargo público dentro del Estado” venezolano; para concluir entonces, que esa sola circunstancia, planteaba una:

“evidente violación de las disposiciones constitucionales que regulan la función pública legislativa, la condición de ocupar un cargo de Diputada a la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, y el deber que como todo venezolano y venezolana tiene de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación (artículo 130 constitucional).”

Nada dijo la sentencia, sin embargo, respecto de cómo y porqué una diputado de la Asamblea Nacional de Venezuela que hable sobre Venezuela, en tal condición de diputada venezolana que actúa en representación del pueblo, en un Consejo Permanente de la OEA donde se discutía el caso de la situación en Venezuela, podría haber “violado disposiciones constitucionales” que no se citaron, sobre el deber de honrar y defender a la patria, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la nación. Una afirmación de tal calibre y envergadura no se puede formular sin pruebas que demuestren esas agresiones al país, y menos por el “máximo intérprete y garante de la Constitución,” y peor, si nada tienen que ver con la aplicación del artículo 191 de la Constitución cuya “consecuencia jurídica” era lo que la Sala Constitucional a toda costa quería aplicar a la diputada Machado.

La argumentación final de la sentencia sobre cómo se desarrollan las reuniones de la Organización de Estados Americanos, y cómo los países están representados en las mismas con miembros permanentes, no tiene relevancia alguna, y menos para concluir como lo hizo la Sala que:

“resulta evidente que la ciudadana María Corina Machado no sólo omitió solicitar la autorización al Presidente de la Asamblea Nacional, en atención al artículo 149 de la Constitución, para aceptar la designación como representante alterna de otro país (Panamá) ante un organismo internacional como lo es la Organización de Estados Americanos, sino que, peor aún, pretendió actuar como Diputada a la Asamblea Nacional ante ese organismo internacional, sin estar autorizada por la Asamblea Nacional ni por las

autoridades que dirigen las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, en evidente transgresión de lo dispuesto en los artículos 152 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

VIII. DE NUEVO SOBRE EL TEMA DE LA AUTORIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA ACEPTAR CARGOS, HONORES Y RECOMPENSAS DE GOBIERNOS EXTRANJEROS, Y LA APLICACIÓN DE PLENO DERECHO DE LA PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LA DIPUTADA MACHADO, SIN PROCESO

Con el antes transcrito párrafo de la sentencia, la Sala Constitucional pasó a realizar otra argumentación, alejada del artículo 191 de la Constitución, y es la vuelta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución sobre la necesidad de los funcionarios públicos de obtener “autorización de la Asamblea Nacional” –no del Presidente de la misma, como lo afirmó erradamente la Sala en la misma sentencia– para aceptar “cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros.” Esta norma, tal como está redactada no tiene “en su propio texto consecuencia jurídica” alguna, y para aplicarse tendría que seguirse un procedimiento que en ningún caso podría iniciarse de oficio por la Sala Constitucional, pues es de la competencia exclusiva del Poder Legislativo, luego de que mediante legislación establezca las consecuencias jurídicas de la no obtención de la mencionada autorización.

Pero por lo demás, el hecho de haber sido acreditada la diputada Machado para hablar desde el puesto físico de Panamá en la sala de sesiones del Consejo Permanente de la OEA, como diputada de la Asamblea Nacional de Venezuela –no como “funcionaria” de Panamá ni en representación alguna de Panamá–, sobre la situación de Venezuela –no de la situación en Panamá–; es una actuación perfectamente legítima que la diputada como representante del pueblo puede hacer, quedando sólo sometida a su conciencia (at. 201) y a dar cuenta de ello al pueblo que la eligió (art. 197).

Para ello no necesitaba estar autorizada por la Asamblea Nacional, pues como se lo garantiza el artículo 201 de la Constitución, como representante del pueblo, no está sujeta a mandatos ni instrucciones y sólo a su conciencia. Tampoco estaba sujeta a obtener “autorización” de las “autoridades que dirigen las Relaciones Exteriores de la República,” como impropiamente lo afirma la Sala en flagrante violación al principio de la separación de poderes, pues son sólo dichas autoridades las que deben ejecutar los principios establecidos en los artículos 152 y 236.4 de la Constitución, los cuales, por supuesto la Diputada Machado no trasgredió en forma alguna, como errada y maliciosamente lo afirmó la Sala.

Lo cierto es que como ya la decisión de arrebatarle la investidura parlamentaria a la diputada Machado, o sea, su mandato popular, ya estaba tomada porque así lo querían todos los órganos de los Poderes del Estado, tal y como todos lo habían manifestado públicamente,²⁵ la Sala Constitucional concluyó la “causa” que no existía, y que ella inventó, de oficio, en la cual fue juez y parte, sin que la parte afectada pudiera alegar ni defenderse, afirmando impropiamente que la “aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 191 de la Constitución resulta ajustada al caso planteado, al operar de pleno derecho.”

Por supuesto, ante este párrafo surgen las preguntas necesarias y obligantes: ¿Cuál “caso”? ¿“Planteado” por quién? En el expediente, en realidad, el único “caso planteado” fue la demanda de unos Concejales del Municipio Baruta contra el Presidente de la Asamblea Nacional acusándolo de usurpación de funciones, que la Sala declaró inadmisible con lo cual quedó concluida antes de iniciarse el proceso correspondiente.

La decisión de la Sala Constitucional de darle efectos “de pleno derecho,” es decir, sin formula de juicio, a la consecuencia jurídica del artículo 191, que es la pérdida de la investidura de un diputado por aceptar o ejercer un “cargo público,” aplicada a la diputada Machado, violó la misma norma que se quiso aplicar, pues como se dijo anteriormente, nunca dicha norma podría “operar de pleno derecho,” sin que exista previamente una actividad probatoria en un juicio contradictorio, con partes, y las garantías judiciales debidas, *primero*, de la existencia de un “cargo público” determinado; *segundo*, de que dicho cargo

²⁵ Véase -Cabello: Por el artículo 191 de la Constitución, María Corina machado -dejó de ser diputada-, *Globovisión*, 24 de marzo de 2014, en <http://globovision.com/articulo/junta-directiva-de-la-an-anuncia-rueda-de-prensa> ; y -Nicolás Maduro, indicó que -la exdiputada María Corina Machado la nombraron embajadora de la Organización de Estados Americanos, de un gobierno extranjero, se convirtió en funcionaria para ir a mal poner a Venezuela, a pedir la intervención-, Reseña de M.C. Henríquez, -Maduro: -La exdiputada de la AN, María Corina Machado fue a mal poner a Venezuela-, *Noticias* 24, 22 de marzo de 2014, en <http://noticias24carabobo.com/actualidad/noticia/38925/maduro-la-exdiputada-de-la-an-maria-corina-machado-fue-a-mal-poner-a-venezuela/>

público fue “aceptado o ejercido” efectivamente por el diputado; y *tercero*, que el mencionado “cargo público” supone “dedicación exclusiva.” Sólo probando esos tres supuestos, es que la consecuencia jurídica de la aplicación de la norma podría aplicarse por el juez competente, en un proceso judicial.²⁶

La Sala Constitucional no probó nada de eso, a pesar de que en la “causa” era juez y parte, sin que ninguna otra parte participara, y lo único que afirmó fue que la Diputada María Corina Machado había aceptado “una representación alterna de un país, [...] ante un órgano internacional,” considerando sin fundamentación o prueba alguna, que ello “constituye una actividad a todas luces incompatible durante la vigencia de su función legislativa,” calificando falsamente dicha “actividad,” es decir, el hecho de que hablara por Venezuela, como diputada venezolana, en una sesión del Consejo permanente de la OEA sobre Venezuela, como una “función diplomática,” considerando de nuevo sin fundamentación ni pruebas, que ello no sólo iba “en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electa”, sino, y es lo grave de la conclusión de la Sala, que su actuación fue “en franca contradicción con los deberes como venezolana (artículo 130 constitucional) y como Diputada a la Asamblea Nacional (artículo 201 *eiusdem*).” Y así de simple, concluyó “Así se declara.”

Esta consideración final, además de inconstitucional, es una infamia imperdonable en la cual han incurrido los señores magistrados de la Sala Constitucional, contra una diputada que lo que ha hecho es cumplir su misión de representar al pueblo, sin sujeción a mandatos ni instrucciones sino conforme a su conciencia, como se lo manda precisamente el artículo 201 de la Constitución –y no en contra del mismo como maliciosamente lo indica la Sala en su sentencia–, y en tal carácter, juzgó conforme su conciencia, que debía hablar ante la OEA como diputada venezolana, sobre Venezuela, en una sesión donde se discutiría la situación política del país.

La Sala Constitucional violó además el principio de separación de poderes al pretender juzgar, “sin juicio,” la actuación de una diputada electa en representación del pueblo, y se dio el lujo de concluir una decisión, afirmando –condenándola–, que la Diputada con su actuación ha contradicho sus “deberes como venezolana” que están en el artículo 130 de la Constitución, los cuales, al contrario, todos fueron por ella cumplidos al acudir ante la OEA, y que son: “honrar y defender a la patria, sus símbolos y valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación”; deberes todos, que en cambio, han sido violados y violentados por los que ejercen el poder en Venezuela bien “coordinadamente,” en “cooperación” estrecha, en el marco del régimen autoritario que se ha establecido en los últimos quince años.²⁷

IX. LA INTERPRETACIÓN INCONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN O LA MUTACIÓN ILEGÍTIMA DE LA CONSTITUCIÓN

Por último, se observa que en el capítulo IV de la sentencia, que contiene la “decisión,” después de haber resuelto en párrafos precedentes sobre muchas otras cosas, sin control, como se ha comentado, la Sala se limitó a declarar que tenía competencia para conocer de la “acción propuesta” que no fue otra que la demanda de los concejales contra el Presidente de la Asamblea Nacional; que dicha acción propuesta fue declarada inadmisibile, y que, por último:

“INTERPRETA constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 191 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere a la aceptación de una actividad de representación (sea permanente o alterna), indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de un Diputado o Diputada a la Asamblea Nacional que está desempeñando su cargo durante la vigencia del período para el cual fue electo, y su incompatibilidad con dicha función legislativa.”

Ya hemos mencionado en relación con el artículo 191 de la Constitución, que lo que regula es la aceptación o ejercicio de un “cargo público” por un diputado, a lo que nos hemos referido a lo largo de estos comentarios, por lo que la “interpretación” adoptada por la Sala es simplemente inconstitucional, ya que con ella lo que ha decidido es una mutación del texto y contenido del mencionada artículo 191 de la Constitución, al cambiar la expresión constitucional de “cargo público” que es la que puede originar alguna

²⁶ Véase sobre esto lo expuesto por Carlos J. Sarmiento Sosa, -La investidura parlamentaria y su pérdida,- en *E Universal*, Caracas 27 de marzo de 2014, disponible en <http://www.eluniversal.com/opinion/140327/la-investidura-parlamentaria-y-su-perdida>

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

“incompatibilidad,” y trastocarla por la expresión “actividad,” para inventar una incompatibilidad entre actividades, usurpando así el poder constituyente del pueblo que es el único que puede reformar la Constitución.

Como último comentario vale la pena señalar que incluso si se aceptara que la Sala Constitucional llevó a cabo una “reforma” velada de la Constitución, a través de esta nueva “interpretación” adoptada respecto de su texto, su decisión sólo podría tener efectos hacia futuro, conforme a la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley plasmada en la misma Constitución (art. 24), y nunca hacia el pasado o con efectos retroactivos; es decir, sólo se podría aplicar si se diera el supuesto que ahora se ha establecido o “regulado” en la sentencia después de que la misma hubiera sido publicada en la *Gaceta Oficial*, por lo que no podría aplicarse, en ningún caso, a la diputada María Corina Machado.

Con sentencias como la que hemos comentado, y con atropellos como los que contiene, como persona que le ha dedicado su vida al derecho, no podemos menos que exclamar: ¡Qué terror! Que terrible tragedia que en Venezuela hayamos caído en manos de “jueces del horror.”²⁸

Por ello, con razón, en el Editorial de *Analítica.com*, del 2 de abril de 2014, titulado “El tribunal Supremo del mal,” se lee lo siguiente sobre la sentencia que hemos comentado:

“En la Venezuela actual una sala parecida es la sala constitucional del tribunal supremo, que se ha caracterizado por ser el instrumento más dócil y más veloz en cumplir los reque-rimientos del régimen.

Una de esas sentencias sumarias fue la que emitieron, entre gallos y medianoche, el lunes 31 de marzo, mediante la cual, sin un debido proceso, le arrebataron de un solo plumazo la inmunidad parlamentaria a la diputada María Corina Machado. La justificación que dieron para realizar ese acto, a todas luces violatorio de los derechos de la diputada, fue por vía de la interpretación de un oscuro artículo de la Constitución y sin permitirle a la parte agraviada que esgrimiese argumento alguno en su defensa.

Esta acción de la sala constitucional entrará en los libros de derecho constitucional como un ejemplo aberrante de extra limitación de atribuciones para cometer una violación a la letra de la constitución que prevé taxativamente las únicas causas mediante las cuales se le puede quitar la inmunidad a un diputado que, no olvidemos, es el representante de la voluntad popular.”²⁹

²⁸ La expresión es una derivación del título del libro de Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, con traducción de Carlos Armando Figueredo bajo el título: *Los Juristas del Horror. La justicia de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Caraca 2006. El libro, como se nos dice acertadamente en su Prólogo, es una obra: -que todo ser humano debería leer con cuidado y atención, para evitar que la perversión de la justicia se repita. Que nunca más la justicia se politice y se coloque en posición de servilismos frente a un Poder Ejecutivo intransigente y antIdemocrático. No hay justificación alguna para que en nombre de una revolución se le haga tanto daño a pueblo alguno.- Esos -los juristas del horror, como más recientemente nos lo ha recordado el propio traductor de la obra, -fueron todos aquellos catedráticos del derecho, abogados, jueces, fiscales y filósofos que se prestaron para darle una supuesta armazón jurídica a una de las peores dictaduras que ha conocido la humanidad como fue la de Adolf Hitler.- Véase Carlos Armando Figueredo, -Venezuela también tiene sus ‘Juristas del Horror,’- en *Analítica.com*, 3 de abril de 2009, en <http://www.analitica.com/va/politica/opinion/7272707.asp>

²⁹ Véase en <http://www.analitica.com/va/editorial/8282103.asp>.

41. LA FIGURA DEL “RESCATE” ADMINISTRATIVO DE TIERRAS AGRÍCOLAS DE PROPIEDAD PRIVADA REGULADA EN LA REFORMA DE LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRÍCOLA DE 2010, SU INCONSTITUCIONALIDAD, Y EL TEMA DE LA ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS RURALES

Revista de Derecho Público, N° 137, enero-marzo 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 19-206

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar la inconstitucional figura del “rescate” administrativo por el Estado de tierras rurales, cuando el propietario no acredite una titularidad anterior a 1848, a raíz de una sentencia del Juzgado Superior Agrario de Caracas de 2014 que, al resolver un juicio de reivindicación entre particulares, exigió la prueba de dicha titularidad.*

Palabras Clave: *Propiedad Rural. Propiedad privada. Propiedad pública. Propiedad. Prueba.*

Abstract: *This comment is devoted to analyze the unconstitutional administrative procedure of “recuperation” of rural land by the State when the owner cannot demonstrate property titles since 1848, written after studying a 2014 decision of the Superior Agrarian Court of Caracas in which, when deciding a property recovery suit between individuals, the Court imposed the proof of such titles.*

Key words: *Rural Land. Private property. State Ownership. Property, Proof.*

En una reciente sentencia N° 42 del 14 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas, al decidir un juicio de reivindicación sobre tierras rurales entre particulares (Caso: *Manuel, Pero de Ponte et al., vs. Ismenia Angelina Izturiz*)¹, el tribunal decidió en forma general, sobre la titularidad de los bienes de propiedad rural, estableciendo el criterio de que:

“en el supuesto de aparecer una propiedad como privada, pero que no tenga un legítimo causante proveniente de la colonia, de haberes militares, de reparticiones de bienes por la nación, una adjudicación o venta de baldío por el Estado, la prescripción o en virtud de la ley, su título debe ser anterior al diez (10) de abril de 1848, para reconocer la *suficiencia de título*, que acredite propiedad privada” (p. 20 de 28).

Esto significa que, en criterio del Juzgado Agrario, para que a un propietario privado de tierras rurales se le reconozca que tiene título suficiente de propiedad, -se deduce, que en los términos de la Ley de Tierras Baldías y Desarrollo Agrícola de 2010², que es la que analiza el Juzgado- debe acreditar que su título de propiedad proviene de un causante:

- (i) con titulación desde la colonia;
- (ii) o que tiene su origen en alguna de las leyes de repartos dictadas durante las guerras de independencia;
- (iii) o que proviene de algún acto del Estado de repartición de tierras a particulares;
- (iv) o que tiene su origen en un acto del Estado de adjudicación o venta de un terreno baldío a un particular;
- (v) o que deriva de la adquisición de la propiedad por usucapión;
- (vi) o que deriva directamente de alguna ley;

¹ Véase en <http://tribunales-primera-instancia.vlex.com/ve/did/manuel-ponte-ismenia-angelina-izturiz-486273922>

² Véase en *Gaceta Oficial* N° 591 Extra del 29 de julio de 2010.

(vii) o de lo contrario, debe tener un título “anterior al diez (10) de abril de 1848,” siendo esta última fecha, sin duda, la de la Ley sobre averiguación de Tierras Baldías, su deslinde, mensura, justiprecio y enajenación de 1848³, mediante la cual se regularizó por primera vez en la República el régimen y titularidad de la propiedad rural, estableciéndose los criterios para determinar aquellas que eran del dominio privado del Estado (tierras baldías) y las que eran de propiedad privada.

Dicha Ley de Tierras Baldías y Ejidos, desde su promulgación y posteriormente con su reforma en 1936, fue el instrumento fundamental de regulación del dominio privado del Estado sobre bienes inmuebles, lo que se relaciona con una de las partes medulares del derecho administrativo de la cual nos hemos ocupado en otras oportunidades⁴, y que después de haber estado tradicionalmente regulada en Código Civil al establecer el régimen de los bienes según las personas a quienes pertenecen y determinar los principios básicos relativos a los bienes del dominio Público y del dominio privado (art. 538), a partir de 2012 ha sido regulado en la nueva Ley Orgánica de Bienes Públicos⁵.

La sentencia del Juzgado Agrario antes mencionada, al establecer los criterios señalados sobre la suficiencia de títulos para acreditar la propiedad privada de inmuebles rurales, sin duda incide en aspectos fundamentales del tema de los bienes públicos, y de su recuperación, rescate o reivindicación, que ameritan algunos comentarios, partiendo del cambio de régimen de los mismos establecido en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001⁶.

I. LA DECLARATORIA DE LAS TIERRAS BALDÍAS COMO DEL DOMINIO PÚBLICO Y SUS EFECTOS

En efecto, las tierras baldías reguladas en la vieja Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, que sustituyó las que a su vez habían sustituido a la de 1848, siempre se consideraron bienes patrimoniales del Estado que, por tanto, formaban parte del dominio privado del Estado, hasta que todas fueron declaradas, en forma general, como bienes del dominio público en el artículo 99 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001.

En esa forma, a partir de 2001 se cambió radicalmente el status jurídico de las tierras baldías, que eran bienes patrimoniales del Estado, pasando a ser, a partir de esa fecha, bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles.

Dicha norma, en efecto estableció:

“Artículo 99. Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles”.

La Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, por supuesto, como toda ley, como lo dispone el artículo 24 de la Constitución, no podía aplicarse a situaciones jurídicas pasadas y consolidadas, lo que implicó que las tierras que pasaron a ser del dominio público a partir de la entrada de su vigencia fueron solo las tierras que para ese momento eran tierras baldías, es decir, aquellas que para ese momento eran de propiedad del Estado o que no tenían dueño.

La consecuencia de ello fue que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001 no pudo ser aplicada a las tierras que para el momento de su entrada en vigencia tenían el status de bienes de propiedad privada, por haber sido adquiridas por personas jurídicas con anterioridad a través de cualquiera de los medios de adquisición de propiedad privada de inmuebles previstos en el ordenamiento jurídico (compra, donación, herencia, adquisición por prescripción, por ejemplo), todos los cuales son el “título suficiente” al cual se refiere la Ley de Tierras y desarrollo Agrícola, independientemente de si en el pasado pudieron haber sido tierras baldías.

³ Véase en *Leyes y Decretos reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Tomo XXVII, Caracas 1944*, pp. 567-569.

⁴ Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, -Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías- en *Anuario de Derecho Ambiental 1977*, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas 1978, pp. 72-112; y -El régimen de las tierras baldías y la adquisición del derecho de propiedad privada sobre tierras rurales en Venezuela,- en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Colección Estudios Jurídicos, N° 86, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 327-374.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39952 de 26 de junio de 2012.

⁶ Véase Decreto-Ley N° 1.546 publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.323 de 13 de noviembre de 2001. El texto del artículo permaneció igual (art. 95), en las reformas de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario* publicadas en *Gaceta Oficial* N° 5.771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005, y en *Gaceta Oficial* No. 591 Extra del 29 de julio de 2010.

Por otra parte, la propia disposición del artículo 99 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, declarando todas las tierras baldías como del dominio público, confirma que con anterioridad las mismas eran bienes patrimoniales del Estado (dominio privado del Estado), lo que implicaba que podían enajenarse y adquirirse por prescripción. Es decir, hasta 2001, las tierras baldías, con la sola excepción de los baldíos playeros y situados en islas que desde el Siglo XIX fueron declarados inalienables, siempre pudieron haber sido enajenadas por el Estado de acuerdo con la legislación especial sobre las mismas, los Códigos Civiles y las leyes de Hacienda Pública en sus previsiones sobre los “bienes nacionales”.⁷

Es decir, desde siempre y en particular desde cuando se sancionó la mencionada Ley de averiguación de Tierras Baldías [...] de 1848 hasta 2001, las tierras baldías pudieron ser adquiridas en propiedad por los particulares. Ello implica que el origen de la tradición legal de la propiedad privada de tierras rurales (que antes pudieron haber sido tierras baldías) podía legalmente fijarse en cualquier año después de 1848 hasta 2001. Incluso después de la Ley de Reforma Agraria de 1960⁸, que, si bien estableció que no podían enajenarse, gravarse ni arrendarse las tierras afectadas a la reforma agraria, entre las cuales estaban las tierras baldías, se previó sin embargo que quedaba a salvo el “que el Ejecutivo Nacional lo [autorizase] por ser necesarias para otros fines de utilidad pública o social” (art. 15).

II. EL “TÍTULO SUFICIENTE” O EL TÍTULO DEBIDAMENTE REGISTRADO, COMO ACREDITATIVO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE TIERRAS AGRÍCOLAS

En consecuencia, antes de 2001, habiendo podido adquirirse la propiedad privada sobre tierras que antes pudieron ser baldías, el “título suficiente” para acreditar dicha propiedad en los términos de la propia Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, que conforme a varias de sus normas, los propietarios privados de tierras agrícolas están obligados a presentar ante los entes públicos en los diversos supuestos que ella regula, es el “título de propiedad privada” sobre los inmuebles debidamente protocolizados en la Oficina de Registro Público tal como lo exige el Código Civil y la Ley de Registro Público.

Dichos títulos de propiedad de inmuebles, es claro que no sólo tienen un propósito informativo de la ocurrencia de tal registro, y si bien el sólo registro en sí mismo no es prueba de que el título registrado es “válido,” el mismo hace fe publica y, por tanto, se debe tener como válido, salvo que se demuestre lo contrario, en juicio, mediante por ejemplo la tacha de falsedad del documento, o su nulidad.

Este “principio de título suficiente” como lo destacó el mismo Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas en la sentencia citada N° 42 de fecha 14 de enero de 2014⁹, “es reconocido por la doctrina del más alto Tribunal de la República” haciendo referencia a la sentencia de la Sala Constitucional de 4 de noviembre de 2003 (Caso: *Agropecuaria Doble R CA*, y *Agropecuaria Peñitas C.A.*), a los efectos de “probar no sólo que las tierras ocupadas están en producción, sino también la suficiencia de los títulos que demuestren sus derechos, como sería el de adquisición de propiedad de las tierras” (p. 18 de 28).

En consecuencia, sobre el “título suficiente” de propiedad, en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001, el mismo es el título de propiedad registrado que conforme con lo afirmó el mismo Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas en la sentencia comentada, es el que “hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros. Así se declara” (p. 8 de 28).

Sobre dicho “título suficiente,” en efecto, la propia Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, desde 2001, hace referencia en diversos artículos. Por ejemplo, en su artículo 27.1, a los efectos de la inscripción de las propiedades rurales en la oficina de “registro agrario” dependiente del Instituto Nacional de Tierras, y que tiene por objeto el control e inventario de todas las tierras con vocación de uso agrario, exige que deben consignarse como “información jurídica”, los respectivos “títulos suficientes” de las tierras con vocación de uso agrario.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley, a los efectos de las solicitudes de certificados de finca productiva que formulen ante el Instituto Nacional de Tierras, los propietarios u ocupantes de tierras con vocación de uso agrario que se encuentren en producción, ajustada a los planes de seguridad alimentaria establecidos por los organismos competentes, los mismos deben acompañar (art. 42.5) “copia certificada de los documentos o títulos suficientes que acrediten la propiedad o la ocupación”.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Estudio sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad en el régimen jurídico de las tierras baldías- en *Anuario de Derecho Ambiental* 1977, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas 1978, pp. 72-112.

⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 611 Extra. de 19-03-1960

⁹ Véase en <http://tribunales-primera-instancia.vlex.com/ve/did/manuel-ponte-ismenia-angelina-isturiz-486273922>

En cuanto a las solicitudes de certificados de finca mejorable que se formulen ante el mismo Instituto, por los propietarios u ocupantes de tierras con vocación de uso agrario que no se encuentren productivas o se encuentren infrautilizadas, conforme a los artículos 29 y 30.3 de la Ley, entre otros requisitos, deben anexar “copia certificada de los documentos o títulos suficientes que acrediten la propiedad o la ocupación.”

Conforme a los artículos 71 y 74 de la Ley, en los casos de fundos objeto de expropiación, una vez que el Instituto Nacional de Tierras proceda a emplazar por edicto a todos los ciudadanos que pretendan algún derecho sobre el mismo, en la comparecencia estos deben presentar un expediente particular conformado, entre otros documentos, por el “título suficiente de propiedad”. Por otra parte, en los casos en los que el Instituto Nacional de Tierras, conforme a los artículos 89 y 91 de la Ley, ejerza su derecho a rescatar las tierras de su propiedad que se encuentren ocupadas ilegal o ilícitamente, en el auto que ordene la apertura del procedimiento, se debe ordenar publicar en la *Gaceta Oficial Agraria* un cartel mediante el cual se notifique a los ocupantes de las tierras, para que comparezcan y expongan las razones que les asistan, y “presenten los documentos o títulos suficientes que demuestren sus derechos”.

Esos “títulos suficientes”, por tanto, son los que, conforme a las prescripciones expresas de la Ley, en su caso acreditan la propiedad, no teniendo obligación alguna los propietarios de fundos rurales de demostrar ninguna tradición especial precedente de su propiedad, excepto el título inmediato de adquisición.

III. LA ILEGAL EXIGENCIA, DE HECHO, DE UNA CADENA CENTENARIA DE TÍTULOS PARA PROBAR LA PROPIEDAD RURAL A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRÍCOLA DE 2001

Debe mencionarse, sin embargo, que de hecho y sin asidero legal alguno, después de sancionada la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, la Administración a través de los funcionarios del Instituto Nacional de Tierras, comenzó a exigir en los procedimientos de acreditación de propiedad con motivo de procedimientos de “rescate” de tierras supuestamente públicas, que además de los “títulos suficientes” de propiedad de los predios, las personas citadas ante el mismo, debían además, consignar, una “cadena titulativa certificada desde 1848”, es decir, la tradición legal de la propiedad por más de 150 años, siendo esa fecha, de nuevo, sin duda, la de la Ley sobre averiguación de Tierras Baldías, su deslinde, mensura, justiprecio y enajenación de ese año, antes mencionada.

Esa exigencia, como lo argumentamos en su momento¹⁰, no tenía asidero legal alguno y más bien era contraria a lo establecido en el ordenamiento civil y registral respecto en los casos de compraventa de inmuebles, que limita la obligación impuesta a los interesados en materia de tradición adquisitiva, a indicar única y exclusivamente el título inmediato de adquisición de inmueble, y que obliga al Registrador a exigir que se presente ese documento únicamente, sin que estuviese establecida ninguna obligación de demostrar una cadena sucesiva de adquisiciones anteriores y menos hasta antes de 1848.

Dicha pretensión, en efecto, es contraria a lo dispuesto en el artículo 1.495 del Código Civil, en el cual se dispone como obligación del vendedor al entregar la cosa vendida, de “entregar los títulos y documentos concernientes a la propiedad y uso de la cosa vendida,” es decir, los documentos que acreditan la propiedad que no es otro que *el inmediato de adquisición*; lo que se ratifica en el artículo 1.926 del mismo Código Civil, que impone al Registrador cuando se registre un instrumento en el cual “se ceda o traspase algún derecho,” a poner “en el instrumento dónde se había declarado o creado el mismo derecho”, “una nota marginal en la cual se expresen dichas circunstancias, la fecha y la Oficina en que se ha efectuado el registro,” lo que en materia de traslación del derecho de propiedad se refiere al *título inmediato de adquisición*. Es en éste en el cual en materia de venta de inmuebles debe ponerse dicha nota marginal, sin que los interesados tuvieran obligación legal de armar cadena de títulos precedentes. Fue a partir de la sanción de la nueva Ley de Registro Público y Notariado en 2001, reformada en 2006, cuando se estableció en el registro inmobiliario el sistema denominado del “folio real” para comenzar a armar en la propia oficina de registro dicha cadena titulativa, de manera que permita “de manera clara y precisa establecer la tradición legal del inmueble (art. 34)¹¹.

¹⁰ Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, -El régimen de las tierras baldías y la adquisición del derecho de propiedad privada sobre tierras rurales en Venezuela,- en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Colección Estudios Jurídicos, N° 86, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 327-374.

¹¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5833 de 22 de diciembre de 2006.

Además, la exigencia que se hacía, de hecho, de que el propietario de un inmueble tenía que acreditar su propiedad sólo mostrando una cadena más que centenaria de títulos precedentes, ignoraba también lo previsto en el Código Civil en relación con el “poseedor de buena fe” en relación con la propiedad de inmuebles, donde basta que haya un título inmediato de adquisición; a cuyo efecto, el Código define al poseedor de buena fe, como aquél que “posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor” (art. 788). Sobre ese “justo título” de adquisición del poseedor de buena fe, el artículo 789 del mismo Código dispone, como presunción *juris tantum*, que “la buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición”.

Por último, la exigencia que de hecho desarrollaron los funcionarios del Instituto Nacional de Tierras a partir de 2001 de exigir que la propiedad sobre inmuebles con vocación agraria solo podía probarse con una cadena de títulos hasta antes de 1848, contradecía el régimen que en la materia siempre se había establecido la legislación de registro público, de acuerdo con lo pautado en el Código Civil, antes mencionado. Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley de Registro Civil de 1915 disponía entre las obligaciones del Registrador, exigir que en los documentos traslativos de la propiedad de inmuebles o de derechos reales sobre bienes muebles, y en los documentos en que se impongan gravámenes o limitaciones sobre los mismos bienes, se expresará el *título inmediato de adquisición de la propiedad* o derecho que se traslada, se grava, o se limita” estándole prohibido a Registradores “protocolizar los documentos que no contengan esta mención, hasta que los interesados no presenten la *prueba de la adquisición* en la forma dicha, lo que se hará constar detalladamente en la nota de registro al pie del original y en la de los protocolos”.

Una norma similar estuvo incorporada en todas las Leyes de Registro Público posteriores, e incluso su contenido relativo a la identificación del título inmediato de adquisición en materia de registro inmobiliario se encuentra en el artículo 45 de la Ley de Registro Público y Notarías de 2001, reformada en 2006, al exigir que toda inscripción que se haga en el Registro Inmobiliario relativa a un inmueble o derecho real debe contener además de la indicación de la naturaleza del negocio jurídico e identificación de las personas que intervienen, la “descripción del inmueble, con señalamiento de su ubicación física, medidas, linderos y número catastral” de manera que en las siguientes inscripciones relativas a mismo inmueble no se deben repetir dichos datos, sino sólo “las modificaciones que indique el nuevo título y del asiento en que se encuentre la inscripción” (art. 46) que no es otra cosa que, en materia de compra venta de inmuebles, que el título inmediato de adquisición.

En tal sentido, respecto de la previsión que estaba en el artículo 77 de la Ley de Registro Público vigente en 1961, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 14 de agosto de 1961 (Caso: *Antonio Cardozo Blanco*, Exp. 5781), indicó con toda precisión al referirse al *título inmediato de adquisición*, que “para que se garantice el principio del tracto sucesivo regulado en el artículo 77 de la Ley de registro Público es necesario que exista una “correspondencia lógica” entre el título inmediato de adquisición y el que se pretende registrarse. En otras palabras, que el documento causa se baste para declarar lo relativo al origen e identificación de lo que constituye el objeto de la traslación; y que, además, y ello sería la “correspondencia jurídica”, que el título inmediato de adquisición sea en verdad un acto “susceptible de producir válidamente la transferencia o gravamen del derecho”. Dicha doctrina de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema fue ratificada, además, en la sentencia N° 649 de la misma Sala de 15 de marzo de 2006¹².

De lo anterior resulta, por tanto, que la mencionada exigencia que administrativamente y de hecho establecieron los funcionarios del Instituto Nacional de Tierras a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, de exigir que a los propietarios para poder oponerse al “rescate” de tierras con vocación agraria que debían acreditar una cadena de títulos hasta antes de 1848, no tenía asidero legal. La Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001 en realidad, en su artículo 86 o en alguna otra norma, nada reguló sobre ello, como tampoco ocurrió en la reforma de la Ley de 2005.

¹² Casos citados en sentencia N° 42 de 14 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas Caso: *Manuel Pero de Ponte et al., vs. Ismenia Angelina Izturiz*, en <http://tribunales-primera-instancia.vlex.com/ve/did/manuel-ponte-ismenia-angelina-izturiz-486273922>.

En realidad, la incorporación en la legislación relativa al desarrollo agrícola de la exigencia de la acreditación de una cadena ininterrumpida de títulos de propiedad hasta cuando el Estado se desprendió de la misma, *sólo para poder evitar el “rescate” administrativo de tierras* por parte del Instituto Nacional de Tierras, ocurrió con la reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2010 (art. 82), en la cual sin embargo, no se estableció nada en relación con la cadena de títulos desde antes de 1848.

IV. LA ACREDITACIÓN LEGAL DE LA PROPIEDAD DE INMUEBLES EN LOS TÉRMINOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE REGISTRO PÚBLICO

La política de los funcionarios del Instituto Nacional de Tierras a partir de 2001, de exigir a los propietarios de tierras con vocación agrícola acreditar una cadena titulativa ininterrumpida de su propiedad hasta el año 1848, como se ha visto, no tenía asidero legal alguno, y al contrario, de acuerdo con el Código Civil, cuyas normas generales de acreditación de la propiedad sobre los inmuebles, como las tierras o fundos, no fueron modificadas por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, el principio general en materia de tradición de cosas, es que dicha tradición se verifica poniendo la cosa vendida en posesión del comprador (art. 1.487), pero tratándose de bienes inmuebles, el vendedor cumple con la obligación de hacer la tradición de los mismos “con el otorgamiento del instrumento de propiedad” (art. 1.488).

A ello agrega el artículo 1.920.1 del mismo Código Civil, como prueba de la tradición en la compraventa de inmuebles, que todos los “actos entre vivos, a título gratuito, o a título oneroso, traslativos de propiedad de inmuebles”, como la compraventa, “están sometidos a la formalidad del registro”, es decir, deben registrarse en la Oficina de Registro Público competente, conforme a las previsiones de la Ley de Registro Público.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1.924 del mismo Código Civil, los actos que el Código sujeta a las formalidades del registro, como la compraventa de inmuebles, sólo es después de registrarse que tienen efectos contra terceros. Por tanto, si no han sido anteriormente registrados, es que el Código Civil dispone que a pesar de que sean válidos y efectivos entre las partes no tienen ningún efecto contra los terceros que por cualquier título hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.

En todo caso, el documento registrado, si ha sido levantado por un funcionario que haya dado fe pública del acto que contiene, es un instrumento público o auténtico, que es “el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado” (Art. 1357). Dicho documento público, conforme a los artículos 1.359 y 1360 del mismo Código, hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que este facultado para hacerlos constar; y además, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.

La Ley de Registro Público y del Notariado de 2001, reformada en 2006, agrega, que la fe pública registral, que es la que dan los Registradores “protege la verosimilitud y certeza jurídica que muestran los asientos” (art. 13), de manera que “los asientos e información registrales y emanados oficialmente del sistema registral surtirán todos los efectos jurídicos correspondientes a los documentos públicos” (art. 25). Con anterioridad, las Leyes de Registro Público disponían que “los Registradores merecen fe pública en todos los actos que con tal carácter autoricen”.

Las anteriores disposiciones legales rigen en materia de prueba de la propiedad sobre inmuebles, de manera que, en todo caso, incluida la propiedad de bienes con vocación agrícola, la propiedad se prueba con el documento de propiedad debidamente registrado ante la Oficina de Registro Público correspondiente. Quien pretenda desvirtuar dicha propiedad y cuestionar el registro, no tiene otra opción que no sea solicitar la declaratoria de falsedad del documento registrado o demandar la reivindicación de la propiedad del inmueble conforme al artículo 548 del Código Civil, para lo cual quien demanda tiene enteramente la carga de la prueba, la cual no puede invertirse, pues sería violatorio del derecho al debido proceso que garantiza el artículo 49 de la Constitución.

Por ello, el Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas en la mencionada sentencia N° 42 de 14 de enero de 2014, después de considerar que “el procedimiento de reivindicación constituye el mecanismo procesal por excelencia para la defensa del derecho de propiedad agraria”, afirma que “siendo esencial al procedimiento de reivindicación la demostración del derecho de propiedad agraria del

demandante, recae sobre el actor la carga de la prueba del derecho de propiedad agraria, y faltando la demostración de tal derecho de propiedad agraria, el actor sucumbirá en el juicio aunque el demandado no pruebe de manera clara e indubitable su derecho en apoyo a la situación en que se encuentra.”(p. 9 de 28). En definitiva, como lo indica la misma sentencia “no es el demandado quien tiene que probar el dominio. Es el actor a quien compete la prueba,” (p. 10 de 28), sea quien sea el demandante en reivindicación. En términos de la Ley de Registro Público y Notarías de 2001, los asientos registrales incluso en los que consten actos o negocios jurídicos inscritos que sean nulos o anulables, “solamente podrán ser anulados por sentencia definitivamente firme” (art. 41) dictada en juicio en el cual, evidentemente la carga de la prueba corresponde a quien alega la nulidad.

Por tanto, no hay duda que en el derecho venezolano el título de propiedad registrado con las formalidades de ley es el título suficiente que exige a Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola para probar la propiedad de un inmueble, correspondiendo a quien alegare propiedad sobre el mismo inmueble, demostrar su pretendida titularidad en un juicio de reivindicación que tenía que concluir con la nulidad del registro precedente.

De todo lo anteriormente expuesto, por tanto, es claro que sólo una decisión judicial puede anular un título de propiedad registrado, sea por vicios de nulidad conforme a la Ley de Registro Público o mediante un juicio de reivindicación de la propiedad que el Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas en la antes mencionada sentencia N° 42 de 14 de enero de 2014, lo ha considerado que “constituye el mecanismo procesal por excelencia para la defensa del derecho de propiedad agraria” (p. 9 de 28).

En consecuencia, en materia agraria, la única forma de enervar la titularidad de la propiedad de tierras, además de tachar de falsedad el documento de propiedad, es demandando la reivindicación de la propiedad conforme al artículo 548 del Código Civil, conforme al cual, quien demanda tiene enteramente la carga de la prueba, la cual no puede invertirse, pues sería violatorio del derecho al debido proceso que garantiza el artículo 49 de la Constitución.

En esta materia de reivindicación, por tanto, como lo reconoció y declaró la sentencia citada del Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas afirmó en la sentencia N° 42 de 14 de enero de 2014, sigue rigiendo el Código Civil y la Ley de Registro Público, pues, además, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola nada establece en la materia.

V. SOBRE EL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE PROPIEDAD EN MATERIA AGRARIA

Vinculado con el tema de la titularidad en materia de propiedad agraria, sin duda está el tema de la prescripción adquisitiva, institución que como uno de los medios de adquirir la propiedad está prevista en el artículo 796 del Código Civil, lo cual ratifica el artículo 1.952 del mismo Código Civil al considerar la prescripción como “un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la Ley”.

Conforme a esas normas, para que se pueda “adquirir por prescripción” es indispensable que exista “posesión legítima” (art. 1.953), de manera que: *primero*, conforme al mismo Código Civil, existe la “posesión”, cuando hay “la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otra persona que detiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre (art. 771), presumiéndose en todo caso, siempre, que “una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha empezado a poseer en nombre de otra. (art. 773); y *segundo*, esa posesión es “legítima,” cuando “es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia” (art. 772).

Conforme a esas normas, sin duda, un propietario de tierras agrícolas, aún sin tener la cadena de títulos centenaria que se deriva de la norma del artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, podría legítimamente alegar como excepción la prescripción adquisitiva de todos los fundos de su propiedad, *si acaso la República iniciara un juicio de reivindicación de las tierras* conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Tierras Baldías de 1936. Es decir, para que pueda alegarse la prescripción en esos casos, es indispensable que la República haya iniciado un juicio de reivindicación ante el tribunal competente, que es la única instancia ante la cual se podría hacer valer la excepción de la prescripción adquisitiva.

En cambio, si lo que se inicia por el Instituto Nacional de Tierras es el inconstitucional procedimiento administrativo de “rescate” de tierras, que sólo se podía aplicar en los casos en que se tratase de tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras, en él lo que el propietario puede alegar es simplemente que es legítimo propietario de las tierras como resulta de los títulos suficientes de adquisición registrados que debe consignar.

Por tanto, si la República siguiese el procedimiento legal que corresponde en caso de que cuestione la propiedad privada sobre tierras, que es el demandar por reivindicación la propiedad sobre las mismas, el propietario, entonces si es el caso, podría alegar en el juicio respectivo la prescripción adquisitiva, la cual, además, está legalmente amparada en el mismo Código Civil, al proteger aún más a las personas que adquieren la propiedad de bienes inmuebles mediante documento registrado. A tal efecto, el Código Civil dispone expresamente en su artículo 1.979, que “quien *adquiere de buena fe un inmueble* o un derecho real sobre un inmueble, *en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma*, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar de la fecha del registro del título”.

En virtud de que esta norma lo que se busca es proteger al adquirente de buena fe, luego de una década de posesión del inmueble como propietario frente a la eventual ausencia de un efectivo título inmediato de adquisición en las operaciones de compra de los inmuebles, el cual por ello no debe tener duda alguna de su propiedad, no estando el propietario obligado a iniciar un procedimiento judicial declarativo de la prescripción adquisitiva que está regulado en el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma dispone que “cuando se pretenda la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva según la ley, o la declaración de cualquier otro derecho real susceptible de prescripción adquisitiva, el interesado presentará demanda en forma ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil del lugar de situación del inmueble, la cual se sustanciará y resolverá” con arreglo a lo dispuesto en dicho Código; siendo esencial en el procedimiento, como lo indica el artículo 691, que “la demanda tenga obligatoriamente que “proponerse contra todas aquellas personas que aparezcan en la respectiva Oficina de Registro como propietarias o titulares de cualquier derecho real sobre el inmueble”. Ello, por supuesto, en ningún caso es posible respecto de las propiedades de un propietario particular, cuando en las Oficinas de Registro quien aparece como propietario de los inmuebles es la misma persona propietaria y nadie más, en cuyo caso, la misma no tiene necesidad alguna de buscar declaratoria alguna de propiedad por prescripción de los inmuebles que son de su propiedad, ya que dicha propiedad estaba declarada y amparada por títulos registrados en los cuales se había especificado los títulos inmediatos de adquisición conforme al Código Civil y a la Ley de Registro Público.

VI. LA FIGURA DEL “RESCATE” ADMINISTRATIVO DE TIERRAS CON VOCACIÓN AGRÍCOLA POR PARTE DEL ESTADO, COMO CONSECUENCIA DE LA DECLATORIA DE LAS TIERRAS BALDÍAS COMO DEL DOMINIO PÚBLICO EN 2001

Ahora bien, una de las consecuencias inmediatas de la declaratoria de las tierras baldías como bienes del dominio público, de acuerdo con el principio general del derecho administrativo de la recuperabilidad de oficio de los bienes del dominio público, fue la previsión en la propia Ley de la figura denominada como la “recuperación” o “rescate” de tierras, que sólo puede aplicarse respecto de bienes que, *siendo tierras baldías al momento de publicación de la Ley, estaban ocupadas ilegalmente*. En esos casos, el Estado podía “recuperarlas” o “rescatarlas” mediante un procedimiento administrativo regulado en la propia Ley.

Esa figura del rescate incluso podría tener su fundamento en la previsión del artículo 307 de la Constitución, cuando al referirse al régimen latifundista como contrario al interés social, remite a la Ley para establecer medidas que permitan la lucha contra el latifundio “rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola”; rescate que sólo *podría referirse a las tierras que son propiedad del Estado*, en el sentido de rescatar o recuperar lo que es propio.

Por eso la regulación precisa del artículo 86 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001 al regular el “derecho” del Instituto Nacional de Tierras (al cual, en la Disposición Final Segunda de la Ley, se le transfirió la propiedad y posesión de la totalidad de las tierras rurales del antiguo Instituto Agrario Nacional al Instituto Nacional de Tierras) “a rescatar las *tierras de su propiedad* que se encuentren ocupadas ilegal o ilícitamente”.

A esos fines que son sólo los de recuperar o rescatar las tierras que para el momento de entrada en vigencia de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola eran indubitavelmente tierras de propiedad del Estado, pero que estaban ocupadas ilegal e ilegítimamente por otros, fue que se autorizó al Instituto Nacional de Tierras para iniciar “de oficio o por denuncia, el procedimiento de rescate correspondiente”, sin perjuicio de las garantías establecidas en los artículos 17, 18 y 20 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola.

Dicho procedimiento, por tanto, por esencia, es completamente inaplicable: *primero*, en los casos de tierras que aún con vocación agrícola para el momento de la entrada en vigencia de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, ya *eran de propiedad privada*, así hubieran sido en el pasado tierras baldías, pero que hubieran pasado a ser de propiedad privada amparada mediante cualquier título jurídico legal y legítimo; y *segundo*, en los casos de tierras que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, aún siendo tierras baldías, *estuviesen ocupadas legal y lícitamente* conforme al ordenamiento jurídico aplicable.

Respecto de las tierras que en el pasado pudieron haber sido tierras baldías que hubieran pasado a ser de propiedad privada amparada mediante cualquier título jurídico, si el Estado tuviese alguna pretensión de que podrían seguir siendo tierras baldías, no podría en forma alguna iniciar procedimiento de “rescate,” sino que tendría que demandar su reivindicación en vía judicial, como antes se ha destacado, probando el carácter de tierra baldía del bien determinado, como lo exige el artículo 10 de la Ley de Tierras baldías y Ejidos de 1936.

VII. LA REFORMA DE LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRÍCOLA DE 2010 EN MATERIA DE “RESCATE” DE TIERRAS Y SU IRRETROACTIVIDAD

La Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2001, reformada ya en 2005, fue de nuevo reformada en 2010, en particular, precisamente, en materia de “rescate” de tierras por parte del Instituto Nacional de Tierras, al agregarse al antiguo artículo 86 de la Ley (ahora artículo 82), un nuevo párrafo aparte con la previsión de que el Instituto Nacional de Tierras:

“podrá rescatar las tierras aun en los casos en que la propiedad sea atribuida a particulares, cuando al efectuar el análisis documental de los títulos suficientes que fueran requeridos a aquél que se atribuye el derecho de propiedad, éste no lograre demostrar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”.

En relación con esta norma, que por supuesto, solo podría sea aplicada a adquisiciones de propiedad privada por particulares realizadas a partir de la entrada en vigencia de la reforma, es decir, a partir del 29 de julio de 2010, debe decirse, de entrada, que la misma sólo se refiere a una potestad de “rescate” administrativo de las tierras que el Instituto Nacional de Tierras considere de su propiedad a pesar de que sean de la legítima propiedad de particulares conforme a documentos legalmente registrados, Con la norma incorporada, lo que el Legislador pretendió fue, en definitiva, sustituir el procedimiento judicial de reivindicación por parte del Estado de tierras en manos de particulares, cuando pudiera considerar que eran públicas, por un pretendido procedimiento de “rescate” administrativo de tierras de propiedad privada aún cuando no estuviesen “ocupadas ilegal o ilícitamente”; y todo por el sólo hecho de que el propietario “no lograre demostrar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”.

Esta regulación, aparte de ser una inconstitucional invasión sobre el derecho de propiedad que garantiza el artículo 115 de la Constitución, establece una inversión de la carga de la prueba de la propiedad que implica violación de la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa que rige también en materia administrativa (art. 49 de la Constitución), y que en todo caso es contraria a las normas del Código Civil y de la Ley de Registro Público que no se han reformado, conforme a las cuales en los casos de cuestionamiento del derecho de propiedad, este sólo podría realizarse mediante un juicio de reivindicación en el cual sólo el demandante es el que debe probar su alegato.

Para ello, la reforma de la Ley pretendió configurar una especie de “presunción” de que el Instituto Nacional de Tierras supuestamente es propietario de todas las tierras con vocación agrícola aún cuando estuviesen ocupadas legal y legítimamente por particulares, amparadas con títulos de propiedad, por el sólo hecho de que cuando el Instituto requiriera del propietario la presentación de los títulos suficientes de su propiedad, del análisis documental que efectuase el Instituto, sus funcionarios considerasen que el propietario no habría logrado “demostrar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”.

Ahora, en cuanto a la exigencia en sí misma, al establecer la referida norma, frente al Estado, un nuevo requisito de prueba documental en relación con la propiedad privada de tierras que no existía anteriormente, en el sentido de que los propietarios para probar su propiedad ante el Estado tienen que estar provistos de la cadena de títulos traslativos de la propiedad para “demostrar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”, y no sólo de su título de propiedad registrado con la sola especificación del título inmediato de adquisición de la propiedad; como se dijo, esa exigencia sólo se puede aplicar hacia futuro, es decir a quienes adquieran propiedad de tierras a partir del 29 de julio de 2010, de manera que en virtud de la garantía de irretroactividad de las leyes que establece el artículo 24 de la Constitución, nunca podría ser aplicado a los propietarios de tierra quienes las adquirieron antes de la entrada en vigencia de la reforma.

En otras palabras, solo los propietarios de tierras agrícolas que adquieran su propiedad a partir de esa fecha del 29 de julio de 2010 están sujetos a dicha posibilidad de “rescate” de las mismas por parte del Instituto Nacional de Tierras; la cual por lo demás se ha previsto inconstitucionalmente, pues conforme a su texto, aún habiendo adquirido su propiedad legítimamente, los propietarios están sujetos al procedimiento administrativo de rescate si no logran probar ante el Instituto Nacional de Tierras una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, “desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”.

Sobre este principio de la irretroactividad de la ley, debe recordarse lo que Joaquín Sánchez Coviza explicó en su conocido libro *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, aplicable a lo antes mencionado, al señalar:

“... los contratos celebrados antes de la vigencia de la nueva ley se regirán por la ley anterior, en lo que se refiere a sus condiciones extrínsecas e intrínsecas de validez, a sus requisitos probatorios -como veremos de nuevo más adelante-, a los efectos futuros, cuando estos últimos no choquen abiertamente con una disposición de orden público. La nueva ley cuando sea de orden público y tenga voluntad de aplicarse a los contratos en curso, regirá los efectos futuros de tales contratos -en cuanto crea un estatuto legal obligatorio para la relación contractual en cuestión- mas no podrá afectar, en ningún caso, a los efectos pasados, ni a las condiciones de validez de los propios contratos.

Si la nueva ley suprime una figura contractual -si, por ejemplo, suprime a los contratos de juego permitidos por una ley anterior- no hace sino privarla de efectos futuros, sin que retroactúe, como puede parecer equivocadamente, sobre sus condiciones de validez, ya que ha de dejar intactos los efectos pasados que tienen como apoyo y punto de arranque la validez mencionada”¹³.

En sentido similar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 15 de 15 de febrero de 2005 (Caso: *Impugnación del Artículo 50, letra d), in fine, de la Ordenanza del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas*), también estableció el siguiente criterio:

“Asunto por demás complejo es la determinación de en qué casos una norma jurídica es retroactiva y, en consecuencia, cuándo lesiona un derecho adquirido. Para ello, la autorizada doctrina que se citó [Joaquín Sánchez Coviza] delimita cuatro supuestos hipotéticos: (i) cuando la nueva Ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho verificado antes de su entrada en vigencia, y afecta también las consecuencias jurídicas subsiguientes de tal supuesto; (ii) cuando la nueva ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho que se verificó antes de su entrada en vigencia; (iii) cuando la nueva ley afecta las consecuencias jurídicas pasadas de un supuesto jurídico que se consolidó antes de su entrada en vigencia; y (iv) cuando la nueva ley sólo afecta o regula las consecuencias jurídicas futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia.

En los tres primeros supuestos, no hay duda de que la nueva Ley tendrá auténticos efectos retroactivos, pues afecta la existencia misma de supuestos de hecho (Actos, hechos o negocios jurídicos) o bien las consecuencias jurídicas ya consolidadas de tales supuestos de hecho que se verificaron antes de la vigencia de esa nueva Ley, en contradicción con el principio “*tempus regit actum*” y, en consecuencia, con el precepto del artículo 24 constitucional. En el caso de la cuarta hipótesis, la solución no es tan fácil, ante lo cual Sánchez-Covisa propone —postura que comparte esta Sala— que habrá de analizarse el carácter de orden público o no de la norma jurídica que recién sea dictada, para determinar si su aplicación no puede

¹³ Caracas 1956, pp. 230-231.

renunciarse o relajarse por voluntad de las partes (*Ob. cit.*, pp. 166 y ss.) y, en caso afirmativo, la nueva legislación puede válidamente y sin ser retroactiva regular las consecuencias futuras de las relaciones existentes, siempre que se respeten los hechos y efectos pasados”¹⁴.

Dicha sentencia N° 15 de 2005 hizo mención también a las sentencias anteriores de la Sala Constitucional sobre el tema de la irretroactividad de la ley N° 1760 de 2001; N° 2482 de 2001, N° 104 de 2002 y N° 1507 de 2003, indicando que:

“La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está así vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica conforme a la cual el Derecho se afirma como un instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado a través del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento perdería buena parte de su hálito formal, institucional y coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un orden”¹⁵.

En consecuencia, conforme a esta doctrina jurisprudencial, en el caso de las tierras propiedad particular adquiridas mediante títulos de propiedad registrados con anterioridad a la reforma del artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2010, la previsión del segundo párrafo de dicha norma no les puede ser aplicable, pues conforme a la garantía de la irretroactividad de las leyes establecida en el artículo 24 de la Constitución, esa nueva norma no puede modificar situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una las normas vigente en el momento de la adquisición y registro de la propiedad, “con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto” como es la previsión del aparte del artículo 82 de la Ley de 2010.

VIII. LA INCONSTITUCIONAL REGULACIÓN DE UNA “EXPROPIACIÓN SIN COMPENSACIÓN” ENCUBIERTA COMO “RESCATE ADMINISTRATIVO” DE TIERRAS

Pero en cuanto a la regulación en sí misma de la exigencia antes mencionada prevista en el artículo 82 de la reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2010, de que un propietario, frente al Estado, para que éste le reconozca su propiedad debe presentar “una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”, o de lo contrario está sujeto a un “rescate administrativo”, dicha previsión en realidad no es propiamente una regulación de procedimiento alguno de “rescate” de tierras baldías *que sean propiedad del Estado*, que es el procedimiento que deriva de la declaratoria general de las tierras baldías como bienes del dominio público a partir de 2001, y que sólo se puede aplicar conforme a la primera parte de la misma norma del artículo 82 de la Ley, a bienes que *son del dominio público, es decir, que son del Estado, es decir, del dominio público, y que están ocupados ilegal o ilegítimamente por particulares* (sólo se puede rescatar lo que es propio, no lo que es ajeno), sino lo que estableció fue más bien un inconstitucional procedimiento de “expropiación” sin compensación, que afecta tierras de propiedad privada.

En otros términos, lo que el párrafo agregado al artículo 82 en la reforma de la Ley de Tierras de 2010 reguló, aún cuando utilizando indebidamente la figura del “rescate” (que sólo se puede aplicar a bienes del dominio público ocupados ilegal o legítimamente), ha sido una inconstitucional modalidad de apoderamiento de tierras de propiedad privada por parte del Estado, pero sin compensación; es decir, en violación del artículo 115 de la Constitución, se ha establecido un “procedimiento administrativo” de “expropiación” sin compensación de bienes de propiedad privada, que en todo caso, conforme a la Ley, solo sería aplicable en aquellos casos en los cuales el Instituto Nacional de Tierras, al requerir de un propietario la presentación de los documentos o los títulos suficientes que le atribuyan el derecho de propiedad de tierras con vocación agrícola, una vez efectuado el análisis documental de los mismos, el propietario “no lograre demostrar una perfecta secuencia y encadenamiento de las titularidades del dominio y demás derechos alegados, desde el desprendimiento válidamente otorgado por la Nación venezolana, hasta el título debidamente protocolizado de adquisición por parte de quien alega propiedad”.

¹⁴ Véase en *Revista de Derecho Público* N° 101, Caracas 2005, p. 85.

¹⁵ Véase en *Revista de Derecho Público* N° 101, Caracas 2005, p. 85.

Como se dijo, este “procedimiento administrativo” de apoderamiento por el Estado de bienes de propiedad privada es inconstitucional, porque la expropiación de bienes de propiedad privada en Venezuela sólo puede realizarse, conforme lo garantiza el artículo 115 de la Constitución, para el caso de que no haya habido un arreglo amigable con el propietario, mediante un procedimiento judicial que ha de concluir mediante “sentencia firme y pago de justa indemnización”, el cual por lo demás, está regulado en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social de 2002.

La figura del “rescate” administrativo, en cambio, sólo podría aplicarse respecto de bienes del dominio público, para recuperarlos, y jamás respecto de bienes de propiedad privada. Por ello, la aplicación del procedimiento administrativo de “rescate” a tierras que son de propiedad privada previsto en el artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, cualquiera que fuese la modalidad de su aplicación, es en todo caso inconstitucional, y el resultado sería siempre una confiscación (“expropiación sin compensación”) que está prohibida en el artículo 116 de la Constitución.

IX. LA ILEGAL “INTERPRETACIÓN” JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 82 DE LA LEY DE TIERRAS MÁS ALLÁ DE “RESCATE” ALGUNO DE TIERRAS

La norma del segundo párrafo artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, como se ha dicho, en todo caso, está vinculada, aún cuando indebidamente, al procedimiento de “rescate” administrativo de tierras que es lo que regula la norma (aún inconstitucionalmente), y se aplica solo en la relación que se pueda establecer entre el Estado y un propietario, autorizándose al Instituto Nacional de Tierras a proceder a “rescatar” tierras de propiedad privada, cuando no se cumpla la exigencia de titulación prevista.

La norma, por tanto, no ha establecido una “nueva” modalidad general de acreditación de la propiedad privada sobre tierras agrícolas que todo propietario debe cumplir aún en relación con otros propietarios, que haya cambiado las normas antes mencionadas del Código Civil y de la Ley de registro Público.

Sin embargo, a pesar de que ello sea claro en el texto de la Ley, el Juzgado Superior Agrario en la citada sentencia de enero de 2014 ha llegado a la conclusión opuesta, habiendo “interpretado” como consecuencia de la norma del artículo 82 la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, que supuestamente, como consecuencia de la misma, todo propietario de tierras rurales, para acreditar su propiedad privada sobre la tierra, tendría la obligación de probar que tiene “un legítimo causante proveniente de la colonia, de haberes militares, de reparticiones de bienes por la nación, una adjudicación o venta de baldío por el Estado, la prescripción o en virtud de la ley,” y si ello no lo puede acreditar, entonces debe probar que su título es “anterior al diez (10) de abril de 1848, para reconocer la *suficiencia de título*, que acredite propiedad privada”.

Eso, en efecto, fue lo que decidió el Juzgado de Primera Instancia Agrario de Caracas, al resolver un juicio de reivindicación de la propiedad de tierras rurales entre particulares (Caso: *Manuel Pero de Ponte et al.*, vs. *Ismenia Angelina Izturiz*), en la sentencia antes citada sentencia N° 42 del 14 de enero de 2014¹⁶, al declarar sin lugar una acción de reivindicación intentada entre ellos, en un proceso en el cual no estuvo involucrada pretensión alguna del Estado, ni determinación alguna sobre la titularidad del Estado sobre tierras baldías, ni por supuesto, “rescate” alguno de tierras, pero en el cual el tribunal sin embargo consideró en forma general como se dijo al inicio, que:

“en el supuesto de aparecer una propiedad como privada, pero que no tenga un legítimo causante proveniente de la colonia, de haberes militares, de reparticiones de bienes por la nación, una adjudicación o venta de baldío por el Estado, la prescripción o en virtud de la ley, su título debe ser anterior al diez (10) de abril de 1848, para reconocer la *suficiencia de título*, que acredite propiedad privada” (p. 20 de 28).

Con esta decisión, en definitiva, el juez superior agrario, en un conflicto judicial entre particulares donde se pretendía la reivindicación de la propiedad de tierras agrícolas, decidió que no bastaba para el propietario para acreditar su propiedad el título registrado con indicación de título inmediato de adquisición, sino que era necesario tener un legítimo causante derivado de un acto formal por el cual el Estado, mediante el cual hubiera cedido o traspasado una determinada tierra que debió haber sido baldía, o de lo contrario, acreditar una cadena de títulos traslativos de la propiedad hasta llegar a 1848.

La sentencia, sin duda, aún cuando en forma incorrecta, al decidir un juicio entre particulares, en el cual no estuvo involucrada pretensión alguna del Estado ni determinación en forma alguna de tierras como baldías ni de la titularidad de tierras baldías, se basó en lo dispuesto en el segundo párrafo del

¹⁶ Véase en <http://tribunales-primera-instancia.vlex.com.ve/did/manuel-ponte-ismenia-angelina-izturiz-486273922>

artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola agregado en la reforma de 2010, donde lo que se reguló, como se ha dicho, fue un irregular procedimiento administrativo de “rescate” de tierras de propiedad privada por parte del Instituto Nacional de Tierras; derivando de la misma norma una supuesta obligación general impuesta a los propietarios de tierras rurales, de acreditar su derecho de propiedad en forma distinta a como se establece en la legislación general.

Sin embargo, a pesar de ello, la sentencia elaboró sobre el tema de la exigencia a los propietarios de tierras agrícolas de acreditar su propiedad mediante actos de causantes con cesión o desprendimiento de las tierras por parte del Estado o con una cadena de títulos traslativos de la misma desde antes de 1848, para lo cual el Juzgado Agrario aplicó, de manera incorrecta, la reforma del artículo 82 de la Ley de 2010. El Juzgado, en su decisión, en efecto, identificó lo que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola en diversos artículos califica como “título suficiente” de propiedad (y que son los títulos debidamente registrados con indicación del título inmediato de adquisición), con la acreditación documental de tener un “legítimo causante proveniente de la colonia, de haberes militares, de reparticiones de bienes por la nación, una adjudicación o venta de baldío por el Estado, la prescripción o en virtud de la ley,” o en su defecto, probando que su título es “anterior al diez (10) de abril de 1848”; todo ello, para poder “reconocer la *suficiencia de título*, que acredite propiedad privada”.

Lo resuelto en la decisión, en definitiva, partió del supuesto de que después de la reforma del artículo 82 de la Ley de 2010, se habría previsto una especie de “presunción” de que todas las tierras agrícolas serían de propiedad del Estado, salvo que el poseedor pueda demostrar que tiene una propiedad derivada de un causante desde que fueron transferidas por el Estado, o a través de una perfecta cadena de títulos desde antes de 1848. La norma, sin embargo, no establece en forma alguna una “presunción” de ese tipo, y en todo caso, si se hubiese establecido, sus efectos sólo se podrían aplicar a las adquisiciones de propiedades de tierras efectuadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma de 2010.

Por otra parte, la exigencia de presentación de una cadena de títulos que no estaba en ninguna norma del ordenamiento hasta que se ha establecido en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola de 2010, parecería más bien derivarse de otra especie de “presunción”, que tampoco nunca ha existido en el ordenamiento venezolano, de que las tierras baldías desde 1848, supuestamente habrían sido siempre bienes públicos inalienables e imprescriptibles (es decir, materialmente del dominio público), lo cual no es cierto. No existe en el ordenamiento jurídico venezolano, “presunción” legal alguna que establezca que todas las tierras rurales serían baldías siempre que no se demuestre una tradición legal de la propiedad privada desde que el Estado formalmente se desprendió de las mismas o desde antes de 1848; así como no existe en el ordenamiento una “presunción” legal de que todas las tierras agrícolas son del Estado mientras no se demuestre dicha tradición legal de la propiedad privada desde que el Estado se desprendió de la propiedad de las mismas, o desde de antes de 1848.

En realidad, la presunción legal que existe en el ordenamiento civil venezolano es que se presume que es propietario de un inmueble, quien tenga título de propiedad registrado sobre el mismo, que es el “título suficiente” al cual se refieren los artículos citados de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, de manera que quien pretenda derechos sobre el mismo, incluyendo el Estado, no tiene otra vía jurídica que no sea demandar su reivindicación probando la propiedad.

Y es sólo en el curso de un juicio de reivindicación que tiene que haber sido intentado previamente por el Estado reclamando la propiedad de baldíos, que en algunas decisiones judiciales se ha hecho referencia a que en el juicio “el Estado está amparado por una presunción legítima, la de que tales tierras son del patrimonio del respectivo *Estado dentro de cuya jurisdicción se encuentran*”, y ello porque como es sabido, las tierras baldías en el sistema constitucional de Venezuela siempre fueron de los Estados de la Federación y no del Estado Nacional¹⁷.

Pero de esa decisión no se puede deducir en forma alguna que la antigua Corte Suprema hubiera establecido alguna “presunción” de que todas las tierras agrícolas son del Estado, y que este sin reivindicarla puede apropiarse de las mismas.

¹⁷ Véase por ejemplo la sentencia de 12 de agosto de 2013, de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 28 de mayo de 1991.

Por otra parte, debe observarse que la referencia a títulos anteriores a 1848 para demostrar la propiedad sobre tierras que en algún momento precedente a la adquisición de la propiedad privada sobre ellas pudieron haber sido tierras baldías, solo apareció en la legislación venezolana en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, exclusivamente como una excepción en beneficio de los propietarios de tierras, los cuales podían oponerla a cualquier pretensión del Estado de reivindicar tierras que habían sido baldías y que estaban detentadas por particulares. En los artículos 10 y 11 de la Ley de 1936, en efecto, se estableció lo siguiente:

Primero, que cuando aparezca que se “detentan como de propiedad particular terrenos baldíos” o que se consideren como tales, el Estado puede disponer “que se inicie el juicio civil a que haya lugar por ante los Tribunales competentes, de conformidad con la presente Ley”; juicio civil que no es otro que el de “reivindicación” previsto en el artículo 548 del Código Civil cuando dispone que “el propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas en las leyes” siendo la prevista en la mencionada previsión del artículo 11 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, una de dichas excepciones. Es decir, el supuesto para que pueda iniciarse un juicio de reivindicación es que se trate efectivamente de tierras baldías o eso es lo que considere el Estado, y que las mismas estén “detentadas” como si fueran de propiedad particular por particulares.

Segundo, que en ningún caso dicho juicio de reivindicación por parte del Estado podría iniciarse, por más que se considerase que las tierras detentadas como de propiedad privada fueran tierras baldías, cuando “los poseedores” de las tierras “por sí o por sus causantes hayan estado gozándolas con la cualidad de propietarios desde antes de la Ley de 10 abril de 1848.” En estos casos, la demostración por parte quienes hubieran estado gozando las tierras en calidad de propietarios, de una cadena de títulos de propiedad hasta fechas anteriores a 1848, lo que implica es la prohibición para el Estado de iniciar cualquier juicio de reivindicación, configurándose como una presunción *juris et de jure* de la propiedad privada sobre las tierras.

Tercero, en aquellos casos en los cuales los poseedores no pudieran demostrar una cadena de títulos de propiedad o que demostraren la posesión con fecha anterior a 1848, sino con fecha posterior a dicho año de entrada en vigencia de la Ley, quienes han gozado de las tierras como propietarios o sus poseedores, en todo caso tienen el derecho de poder “alegar la prescripción que le favorezca”, como excepción a las pretensiones reivindicatorias del Estado”, en cuyo caso, de acuerdo con la misma norma del artículo 11 de la Ley de 1936”, no se ordenará la iniciación de ningún proceso de reivindicación cuando haya evidencia de que si se invocara la excepción de prescripción, ésta prosperaría”.

El anterior es el sentido, y no otro, de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, por lo que no es correcto considerar que en dicha Ley o en cualquier otra se hubiese establecido en Venezuela que para acreditar la propiedad privada de tierras, con o sin vocación agrícola, sea necesario que el propietario, en lugar de su título de propiedad registrado con la indicación del título inmediato de adquisición, que es el “título suficiente” al cual se refieren los artículos citados de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, tenga que establecer alguna otra cadena de títulos.

42. UN NUEVO ATENTADO CONTRA LA DEMOCRACIA: EL SECUESTRO DEL DERECHO POLÍTICO A MANIFESTAR MEDIANTE UNA ILEGÍTIMA “REFORMA” LEGAL EFECTUADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Revista de Derecho Público, N° 138, abril-junio 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 157-169

Resumen: *Este comentario jurisprudencial analiza la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 276 de 23 de abril de 2014, mediante la cual, al interpretar el artículo 68 de la Constitución, trastocó o mutar el artículo 43 de la Ley de Partidos Políticos, estableciendo a las organizaciones políticas, al contrario de lo que establece dicha norma, la obligación de solicitar autorización local para poder ejercer el derecho constitucional a la manifestación pacífica.*

Palabras Clave: *Derecho de manifestación. Manifestación pacífica. Autorización.*

Abstract: *This article has the purpose of analyze the decision N° 276 of April 23, 2014 through which the Tribunal, interpreting article 68 of the Constitution, has reformed article of the Political Parties Law, imposing the political organizations, in contrary sense to what the provision set forth, the need to obtain a local authorization in order to exercise the right to demonstrate in a pacific form.*

Key words: *Right to demonstrate. Pacific demonstration. Authorization.*

I. EL DERECHO POLÍTICO A MANIFESTAR Y SUS RESTRICCIONES

El derecho político a manifestar está establecido en el artículo 68 de la Constitución en los siguientes términos:

“Artículo 68.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley.

Se prohíbe el uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público”.

Esta norma, como lo ha explicado la Mesa de la Unidad Democrática, consagra un derecho que “forma parte de las garantías fundamentales para el funcionamiento de la democracia, pues permite la libre expresión de los reclamos o inquietudes de la ciudadanía y contribuye de esta manera a la formación de opinión pública y el control sobre los gobernantes.”¹ Por ello se trata de un derecho político que en la forma cómo está consagrado, confirma el principio de la reserva legal en materia de regulación del ejercicio de derechos y garantías constitucionales, al sujetar expresamente su ejercicio, *única y exclusivamente a los requisitos que establezca la ley*, que en esta materia es la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de 2010,² la cual reformó la Ley del mismo nombre de 1964.³ En dicha Ley sólo se establecen los siguientes dos requisitos:

¹ Véase -Comunicado de la Mesa de la Unidad Democrática sobre inconstitucional y antidemocrático fallo del TSJ,- Caracas, 24 de abril de 2014.

² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extra. de 23 de diciembre de 2010. El principio de la reserva legal se ratifica en el Artículo 41 de la Ley, en el cual se dispone que *-Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse en lugares públicos o de manifestar, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes-*.

³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 27.620 de 16 de diciembre de 1964.

Primero, conforme al artículo 43 de la Ley, el requisito de la “participación” previa (con 24 horas de anticipación) que los organizadores de manifestaciones deben formular ante la primera autoridad civil de la jurisdicción “*con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga*”, a cuyo efecto “*las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.*” (art. 43).

En caso de haber “razones fundadas para temer que la celebración simultánea de manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público,” la autoridad ante quien deba hacerse la participación puede disponer, “*de acuerdo con los organizadores, que aquellos actos se celebren en sitios suficientemente distantes o en horas distantes.*” En estos casos la autoridad civil debe dar “preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad” (art. 44).

Segundo, el requisito de la “autorización” previa que las asociaciones políticas deben solicitar ante la misma autoridad civil (primera autoridad civil de la jurisdicción) para la realización de manifestaciones en “sitios prohibidos” que “*no afecten el orden público, el libre tránsito u otros derechos ciudadanos*” (art. 46). La determinación de esos “sitios prohibidos” para manifestaciones, corresponde hacerla a los gobernadores de estado y los alcaldes de municipios o de distritos metropolitanos, quienes deben fijar “*periódicamente mediante resoluciones publicadas en las respectivas Gacetas, los sitios donde no podrán realizarse reuniones públicas o manifestaciones, oyendo previamente la opinión de los partidos*” (art. 46).

La técnica de intervención administrativa establecida por el Legislador como mecanismo de restricción al ejercicio del derecho a manifestar, por tanto, en los mencionados artículos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones se basó en el establecimiento de dos grados de intervención administrativa según su incidencia en el ejercicio del derecho:

Primero, una técnica de “participación” previa a la autoridad civil, al disponer el artículo 43 de la Ley que para ejercer el derecho político a manifestar, basta que los organizadores de la manifestación “notifiquen” o “participen” a la autoridad civil el evento, con “indicación de lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general” de la misma, limitándose la acción de la administración (la autoridad civil) a dar “recibo de la participación,” estampando en copia de la misma, “*la aceptación del sitio o itinerario y hora.*” La autoridad civil no tiene poder alguno para “autorizar” o no el ejercicio del derecho a manifestar, ni puede negar el ejercicio de tal derecho. La “aceptación” a la cual se refiere la norma no es en relación con el ejercicio del derecho (que sería lo propio de tratarse de una autorización) sino única y exclusivamente del “sitio o itinerario y hora” del evento. Ello es lo único que podría cuestionar la autoridad civil al dar recibo de la “participación.” El régimen del artículo 46 no es por tanto el de una “autorización” para el ejercicio del derecho político de manifestar, el cual es libre, sino de una “notificación” previa al ejercicio del derecho, respecto de la cual no cabe aceptar o negar el ejercicio del derecho constitucional, siendo la “aceptación” mencionada en la Ley solo respecto del sitio o itinerario y hora.

Segundo, una técnica de solicitud de una “autorización” a ser otorgada por parte de la autoridad civil, solo a solicitud de “asociaciones políticas” para el ejercicio del derecho político de manifestar en “sitios” que hubiesen sido previamente declarados como sitios prohibidos para realizar manifestaciones mediante actos administrativos de efectos generales dictados por la autoridad competente. En esos casos, conforme al artículo 46 de la ley, la prohibición no implica la negación del derecho a manifestar en tales sitios, sino que el ejercicio de dicho derecho este sujeto a la obtención de una autorización por parte de la autoridad administrativa correspondiente.

Ese régimen de restricciones al derecho a manifestar que está en la Ley de 2010 se estableció con la misma redacción en la Ley de 1964, en la cual estaba la misma distinción entre una “participación” y una “autorización” para supuestos distintos, como incluso lo advertimos hace ya cincuenta años, cuando recién se sancionó la Ley de 1964.⁴

⁴ En 1965, expresamos lo siguiente: --La participación previa. -La ley, a pesar de que ha podido someter la realización de manifestaciones públicas al requisito de autorización o permiso previo por parte de la autoridad administrativa, sólo ha establecido la obligación para los organizadores de manifestaciones de *participar*, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, la realización de la manifestación, a la primera autoridad civil de la jurisdicción (Artículo 38 de la Ley de Partidos Políticos y artículo 129 de la Ley Electoral). Esta participación debe hacerse por escrito duplicado, donde debe indicarse el lugar o itinerario escogido para la manifestación, además del día, hora y objeto general que se persiga. // La primera autoridad civil de la jurisdicción en el mismo acto del recibo de la participación deberá estampar en el ejemplar

II. LA INTERPRETACIÓN “A LA CARTA,” CONFORME A LOS DESEOS DEL GOBIERNO, MEDIANTE UNA SENTENCIA QUE RESOLVIÓ UN SUPUESTO “RECURSO DE INTERPRETACIÓN DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y LEGAL”

La clara distinción, antes comentada, establecida en la Ley desde 1964, y el claro régimen general de la sola exigencia de una “participación previa” ante la autoridad civil para la realización de manifestaciones, ha sido radicalmente modificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, supuestamente actuando como “máxima y última intérprete del Texto Fundamental,” mediante sentencia N° 276 de 23 de abril de 2014,⁵ dictada a solicitud del Alcalde del Municipio Guacara del Estado Carabobo, miembro del partido político oficial.

En dicha sentencia, la Sala procedió a realizar una supuesta “interpretación abstracta” del artículo 68 de la Constitución, que es evidente que no requiere de interpretación –basta leer su texto–, solo para trastocar o mutar lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, ejerciendo como legislador positivo. Para ello, la Sala procedió, inconstitucional e ilegítimamente, a “reformular” dicho artículo, estableciendo, como lo anunció el propio Tribunal Supremo en la “Nota de Prensa” que se publicó a raíz de la decisión adoptada, al contrario de lo que dice la norma, que:

“resulta *obligatorio* para las organizaciones políticas así como para todos los ciudadanos, *agotar el procedimiento administrativo de autorización* ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, *para poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica*.”⁶

Ello, por supuesto no es lo que establece el artículo 43 de la Ley.

La solicitud de interpretación que se resolvió en la sentencia había sido formulada un mes antes por el Alcalde del Municipio Guacara del Estado Carabobo, asistido de abogado, en forma irregular, al presentar un “*Recurso de Interpretación de Naturaleza Constitucional y Legal*,” no sobre el antes mencionado artículo 68 de la Constitución, que no tiene nada de dudoso o de ambiguo que amerite ser interpretado, sino en realidad sobre los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones; cuando, como es sabido, la Sala Constitucional no tiene competencia para conocer de recursos de interpretación abstracta de las leyes, sino únicamente de la Constitución.

La Sala Constitucional olvidó que, en principio, solo el Legislador, es decir, la Asamblea Nacional, tiene competencia conforme a la Constitución, para “interpretar” con efectos generales las leyes, mediante su reforma; y excepcionalmente, las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con las leyes, en los casos de ejercicio de recursos de interpretación de las leyes conforme a lo establecido en el artículo 31.15 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, la Sala, consciente de su irregular

que entregará a los organizadores, la *aceptación* del sitio o itinerario y hora. // Esta necesaria aceptación del lugar o itinerario y hora de la manifestación que se proyecta, implica la facultad de la Administración de objetarlos. Y en efecto, el artículo 39 de la ley establece que cuando hubiere razones fundadas para temer que la celebración simultánea de manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público, la autoridad ante quien deba hacerse la participación previa, podrá disponer, de acuerdo con los organizadores de las manifestaciones, que aquéllas se realicen en sitios suficientemente distantes o en horas distintas. En este caso, consagra el artículo 39 de la Ley de Partidos Políticos, -tendrán preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad.- Para ello el artículo 40 de la Ley de Partidos Políticos prevé que la autoridad civil llevará un libro en el cual irá anotando, en riguroso orden cronológico, las participaciones de reuniones públicas y manifestaciones que vaya recibiendo. // En todo caso, la ley autoriza a las autoridades de policía para tomar todas las medidas preventivas, tendientes a evitar las manifestaciones para las cuales no se haya hecho la debida participación o las que pretendan realizarse en contravención de las disposiciones de la ley (art. 44). // - Limitaciones. La Ley consagra determinadas limitaciones a la realización de manifestaciones. Así, el artículo 43 de la misma prohíbe las manifestaciones de carácter político con uso de uniformes, estableciendo, además, que los infractores serán sancionados con arresto de quince a treinta días, sin perjuicio de las acciones a que dichos actos pudieren dar lugar. // Por otra parte se autoriza expresamente a los Gobernadores de la entidad política respectiva, para fijar periódicamente, mediante resoluciones publicadas en las respectivas Gacetas, y oyendo previamente la opinión de los partidos, los sitios donde no podrán realizarse manifestaciones (art. 41). Sin embargo, a solicitud de las asociaciones políticas, la autoridad civil podrá autorizar manifestaciones en aquellos sitios prohibidos, cuando no afecten el orden público, el libre tránsito u otros derechos ciudadanos.- Véase en Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965, pp. 104 ss. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, -Sobre las manifestaciones públicas-, en *El Universal*, Caracas 17 de septiembre de 2000, pp. 1-1 y 1-14, donde denunciábamos la conducta autoritaria de funcionarios del Estado al desconocer lo regulado en el artículo 68 de la Constitución.

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/163222-276-24414-2014-14-0277.HTML>

⁶ Véase Nota de Prensa de 24 de abril de 2014 en http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasde_prensa/notasde_prensa.asp?codigo=11828

proceder, al tratar de justificar la usurpación en la que estaba incurriendo, indicó en la sentencia que “la Sala Constitucional ha sido siempre muy cuidadosa de no usurpar con su interpretación competencias de otras Salas (por ejemplo, el recurso de interpretación de textos legales),” lo que no pasó de ser una afirmación vacía, pues lo que hizo con su sentencia fue precisamente eso: usurpar la competencia de las otras Salas y, además, del Legislador.

En este caso, en efecto, no se ejerció recurso de interpretación “constitucional” alguno (pues la norma del artículo 68 no requiere de interpretación), ni tampoco el recurso de interpretación “de leyes” previsto en la norma referida (art. 31.15 de la ley Orgánica del Tribunal), ni la Sala hizo siquiera referencia a dicha norma.

En este caso, en concreto, lo que el Alcalde recurrente solicitó de la Sala Constitucional —como una especie de procedimiento de interpretación a la carta— fue que mediante el conocimiento de un “recurso de interpretación de la Constitución,” le precisara si, conforme al artículo 43 de la Ley de Partidos Políticos, el sello que debía ponerle la autoridad municipal a la participación de realización de una manifestación como “*aceptación del sitio o itinerario y hora*” de la misma, significaba que el Alcalde podía denegar la realización de la manifestación, como si se tratase de una solicitud de “autorización previa” que debía otorgar la autoridad municipal para la realización de cualquier manifestación, y no de tomar conocimiento de una participación, como lo dispone la Ley.

En definitiva, el Alcalde, en su recurso de interpretación de la Constitución, lo que destacó fue que del artículo 43 de la Ley y de todas las otras normas legales citadas, le surgía una supuesta “duda” en cuanto a la “posibilidad autorizatoria” establecida en todas esas normas. Por eso, al final de su argumentación, como lo destacó la Sala, el Alcalde se limitó a identificar su recurso como un “Recurso de Interpretación Legal” para que la Sala “declare con certeza -otorgando la debida Seguridad Jurídica- el contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los artículos 41, 43, 44, 46, 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.”

Para justificar su supuesta competencia para conocer del recurso de interpretación intentado, la Sala citó su sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*),⁷ en la cual ella misma auto-determinó su competencia “para interpretar el contenido y alcance de las *normas y principios constitucionales*, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, en concordancia con el artículo 336” de la misma; es decir, solo de normas y principios constitucionales, no de normas legales. Tal y como lo precisó en otra sentencia, también citada por la Sala, la interpretación que puede hacer la Sala Constitucional es de una norma que “esté contenida en la Constitución (sentencia N° 1415/2000 del 22 de noviembre caso: *Freddy Rangel Rojas*, entre otras) o integre el sistema constitucional (sentencia N° 1860/2001 del 5 de octubre, caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*).” Precisamente por esa limitante, la Sala señaló que, en el caso sometido a su consideración, se había solicitado “la interpretación del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *con el objeto de determinar su contenido y alcance, así como de los artículos 41, 43, 44, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.*”

Ello, por supuesto, no fue más que una confesión de que el objeto del recurso no era la interpretación del artículo 68 de la Constitución, que nada tiene de dudoso o ambiguo, sino solo determinar el contenido y alcance de unas normas legales. El Alcalde recurrente en realidad no señaló la existencia de ninguna “ambigüedad sobre el contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución” como falsamente indicó la Sala, de manera que la cita del artículo 68 no fue más que una simple excusa para que la Sala procediera, ilegítima e inconstitucionalmente, a legislar, con el pretexto de interpretar los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, considerando que “a pesar de tener tales disposiciones rango legal, ellas guardan una estrecha vinculación con la norma constitucional.” Usurpó así la Sala las competencias y funciones del legislador.

La ilegítima actuación de la Sala Constitucional se confirma por el hecho de que para “justificar” su competencia, la Sala citó los artículos 25.17 y 31.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, incurriendo en realidad en una nueva confesión de “incompetencia,” pues si bien la primera norma le atribuye a la Sala competencia para “conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional,” la segunda norma sólo contiene una atribución común de todas las Salas para “conocer los juicios en que se ventilen varias pretensiones conexas, siempre que al Tribunal esté atribuido

⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

el conocimiento de alguna de ellas.” En este caso, por supuesto, no había varias pretensiones, sino una sola claramente de interpretación de una ley, que no podía ni puede asumir la Sala Constitucional. Por lo demás, admitir este simple razonamiento para justificar la competencia de la Sala significa que la misma podría conocer de cualquier interpretación de cualquier norma legal, en forma abstracta, bastando mencionar alguna norma constitucional que en última instancia pueda ser el sustento del orden jurídico.

La decisión, además, se adoptó sin “proceso” judicial alguno, desconociendo el artículo 257 de la Constitución que considera que el “proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia,” y fue dictada en un “procedimiento” clandestino en el cual no hubo contradictorio alguno, pues la Sala lo decidió como un “asunto de mero derecho”, “sin necesidad de abrir procedimiento alguno,” violando el derecho ciudadano a la participación, y además, sin convocar mediante edicto a los interesados, es decir a la ciudadanía en general, a las organizaciones políticas o al menos a los otros 337 Alcaldes del país. Recuérdese que el procedimiento relativo al recurso de interpretación constitucional está expresamente regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 128 y 166) y, en ninguna parte, como es lógico, está prevista la posibilidad de una interpretación sin juicio previo.

Violó, así, la Sala, con su decisión, los principios más elementales del debido proceso que garantiza el artículo 49 de la Constitución.

III. LA INCONSTITUCIONAL “REFORMA” DE LA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS, REUNIONES Y MANIFESTACIONES PÚBLICAS MEDIANTE UNA ILEGÍTIMA “INTERPRETACIÓN” O “MUTACIÓN” POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Para supuestamente “determinar el alcance y el contenido del artículo 68 de la Constitución” que en realidad resultó ser una mutación, no del texto constitucional, sino del artículo 44 y siguientes de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones en cuanto a “la actuación de los Alcaldes como primeras autoridades político territoriales frente al requerimiento de manifestaciones públicas dentro de sus referidos Municipios”; la Sala, en su sentencia, citó su anterior decisión N° 1309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), en la cual había “explicado” el sentido de la interpretación constitucional, e interpretado “la noción y alcance de su propia potestad interpretativa,” indicando, en definitiva, que el artículo 68 constitucional establecía el derecho a la manifestación pacífica, como uno de los derechos políticos de los ciudadanos, afirmando sin embargo, que “no es un derecho absoluto,” sino que “admite válidamente restricciones para su ejercicio... al limitar su ejercicio a las previsiones que establezca la Ley”, lo que no es novedad alguna ya que es como reza el texto mismo del artículo 68. Es precisamente por ello que la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones prevé “una serie de disposiciones de cumplimiento obligatorio no sólo para los partidos políticos, sino también para todos los ciudadanos, cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones”. Realmente nada nuevo, se insiste, “descubrió” la Sala, pues la posibilidad de establecer restricciones al derecho a manifestar mediante las leyes es texto expreso en el artículo 68 de la Constitución.

Es decir, en cuanto al artículo 68 de la Constitución, nada “interpretó” la Sala sobre “su alcance y contenido” que no fuera decir lo que sin duda y sin ambigüedad alguna la propia norma dice en forma expresa, es decir, que el derecho a manifestar está sometido a los requisitos que establezca la ley. Dicha norma, por tanto, en términos de la propia sentencia no requería interpretación alguna.

Y en cuanto al verdadero objeto de la sentencia, que era “interpretar” la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones para “reformularla” o “mutarla,” la Sala confesó que se limitaba “a efectuar dos precisiones” para lo cual, se insiste, carecía de competencia:

“1.- *La verificación del contenido* de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010 a la luz de lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de los planteamientos del solicitante de autos”[...].

“2.- *Aclarar las dudas* que tiene el accionante sobre el procedimiento pautado en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010”.

1. *La supuesta verificación del contenido de normas legales*

En cuanto a la “verificación del contenido” de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la Sala “descubrió” que efectivamente con dichas normas el legislador había dado cumplimiento al artículo 68 de la Constitución, regulando el “ejercicio del derecho

a la protesta pacífica de una manera pormenorizada,” previendo “las pautas adecuadas para el ejercicio cabal y efectivo del derecho a la manifestación pacífica sin que ello implique en modo alguno una limitación total y absoluta de su ejercicio.” La Sala expresó esto solo para realizaren forma ilegítima e inconstitucional una “reforma” de la Ley, al “verificar” de manera completamente errada la supuesta previsión de: “el lapso del cual disponen los organizadores *para solicitar autorización para realizar la reunión pública o manifestación (veinticuatro horas de anticipación a la actividad).*” Con esta sola “verificación” inicial, la Sala Constitucional trastocó la normativa legal, y “convirtió” una “participación” que debe ser hecha a la autoridad civil por los organizadores de una manifestación, que es lo previsto en el artículo 43 de la Ley, en supuesta solicitud de “autorización” por parte de los mismos ante dicha autoridad, que no está regulada en el artículo 43 de la Ley, cambiando de raíz el régimen legal para el ejercicio del derecho político a manifestar.

En su ilegítima “verificación” del contenido de las normas legales citadas, la Sala Constitucional, por supuesto, se cuidó de no “verificar” que al contrario del artículo 43 de la Ley que solo prevé un “participación,” en el artículo 46 de la misma Ley sí se establece un régimen de “autorización” de manifestaciones cuando se prevea realizarlas en sitios prohibidos. Es decir, la Sala en su ilegítima “verificación” del contenido de las normas que pretendió “interpretar,” no hizo la distinción que sí hizo el legislador entre una “participación” a la autoridad para ejercer un derecho y una “solicitud de autorización” previa para poder ejercer un derecho. La distinción es abismal, pero la Sala se cuidó de no darse cuenta de ella, y convirtió la “participación” en una solicitud de autorización, ignorando el texto expreso de la Ley.

2. *El supuesto esclarecimiento de las “dudas” del Alcalde recurrente*

En segundo lugar, después de supuestamente “verificar” el contenido del artículo 43 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, trastocando su contenido y reformándolo, la Sala pasó en su sentencia a supuestamente “aclarar las dudas que tiene el accionante sobre el procedimiento pautado” en la Ley, que desde el comienzo calificó erradamente como “procedimiento de autorización,” ignorando deliberadamente que era una simple notificación o participación.

A. *Primera duda sobre la “existencia” de una autorización para ejercer el derecho político a manifestar, no prevista en la Ley*

Así, frente a la supuesta primera “duda” del Alcalde recurrente y su abogado, sobre si “para ejercer el derecho a manifestar, en los términos previstos en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe el o los manifestantes solicitar autorización,” la Sala Constitucional concluyó pura y simplemente, como lo anunció en su “Nota de Prensa” sobre la sentencia, antes indicada, que supuestamente de acuerdo con la Ley:

“resulta obligatorio para los partidos y/o organizaciones políticas así como para todos los ciudadanos, - cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones- *agotar el procedimiento administrativo de autorización ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, para de esta manera poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica.*”

Es decir, una técnica de notificación o participación para establecer el lugar o itinerario y hora del ejercicio de un derecho constitucional, lo convirtió la Sala en una técnica autorizatoria para el ejercicio del derecho que no está establecida legalmente

B. *Segunda duda sobre el alcance de la “autorización” para el ejercicio del derecho a manifestar como “limitación” legal al mismo*

En la misma línea de distorsión y reforma de la Ley, frente a la segunda “duda” del Alcalde recurrente y su abogado, sobre si “constituye la *autorización* -de ser necesaria- un requisito legal o limitación legal al derecho a manifestar al que hace referencia tanto el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el artículo 41 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, respectivamente,” la Sala sostuvo que

“*la autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación.*”

Es decir, una simple “notificación” o “participación” previa como requisito para el ejercicio de un derecho constitucional, lo convirtió la Sala en una “limitación absoluta” al derecho mismo a la manifestación pacífica, “regulando” *contra legem* que el mismo simplemente no puede ejercerse sin dicha autorización, “impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación” sin la obtención de la misma.

De allí, la conclusión a la cual llegó la Sala, de que “*cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de los dispuesto en la Constitución y el orden jurídico*”.

Con ello, el Juez Constitucional le dio carta blanca a la represión de las manifestaciones, violando no sólo el contenido del artículo 68 de la Constitución,⁸ sino además, el derecho constitucional de reunión, ya que en su sentencia no sólo se refirió a manifestaciones, sino a “cualquier concentración” o “reunión”, por lo cual la Sala con su sentencia también violó el artículo 53 de la Constitución Nacional, que garantiza el derecho de “toda persona [...] de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas. Las reuniones en lugares públicos se registrarán por la ley”.

C. *Tercera duda sobre los poderes del Alcalde para aprobar, modificar o negar la “autorización” para el ejercicio del derecho político a manifestar*

En cuanto a la tercera “duda” del Alcalde recurrente, sobre si “el órgano administrativo que actúe en el marco de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, específicamente con base en los artículos 43, 44, 46 y 50 de esa ley, puede denegar, modificar o aprobar esa autorización mediante acto administrativo expreso,” la Sala, siguiendo el “nuevo régimen legal” que estableció en su sentencia, concluyó que “la primera autoridad civil de la jurisdicción -donde se desee realizar la concentración, manifestación o reunión pública- no se encuentra limitada a los términos en que se efectúe la solicitud, pudiendo no sólo negar la autorización, sino también modificarla en caso de acordarla o autorizarla en cuanto a la indicación del lugar y el itinerario escogido (el día y hora)”.

La Sala, sin embargo, recordó que en su arbitraria “nueva regulación” no podía soslayar la obligación de la autoridad administrativa de motivar sus actos administrativos conforme a lo que dispone la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo que al menos dispuso que el pronunciamiento que en relación con la “solicitud de autorización” haga la autoridad civil, éste “deberá ser emitido mediante acto administrativo expreso, en el cual se haga alusión a las razones o fundamentos de su decisión.”

D. *Cuarta duda sobre los poderes del Alcalde en relación con el contenido de sus decisiones en materia de “autorización” de manifestaciones*

En cuanto a la cuarta “duda” del Alcalde recurrente sobre si la autorización en materia de manifestaciones públicas “tiene como finalidad autorizar o no la manifestación pública o versa solamente acerca de la posibilidad que tiene la autoridad de señalar el sitio donde deba realizarse la reunión o manifestación pública,” de nuevo, violentando lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, la Sala Constitucional le precisó al Alcalde recurrente que la supuesta “autorización “prevista en la Ley” –que como resulta de la norma no está prevista-, comprendería “dos aspectos importantes” que son: primero, el “relacionado con la habilitación propiamente dicha para permitir la concentración, reunión pública o manifestación y el segundo, vinculado con las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se podrá llevar a cabo dicha actividad.”

Con ello, la Sala, usurpando de nuevo la función legislativa, reguló en contra de lo dispuesto en el texto del artículo 43 de la Ley, amplios poderes de limitación del derecho constitucional por parte de la autoridad municipal no previstos en ley alguna.

⁸ Como lo destacó el Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea): -con esta decisión, el máximo Tribunal del país avala la represión por parte de los cuerpos armados del Estado contra los ciudadano.- Véase Nota de Prensa, -La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia suprimió, mediante una sentencia publicada ayer, las garantías para el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica, tal como lo consagra la Constitución Nacional y la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones,- en *el nacional web* 25 de abril 2014.

E. *Quinta duda sobre los poderes de orden público de la policía municipal para reprimir las manifestaciones públicas*

En cuanto a la quinta “duda” del Alcalde recurrente sobre las “facultades que en materia de orden público posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho de manifestar,” la Sala Constitucional se refirió a la previsión constitucional que atribuye a los Municipios competencia en materia de policía (art. 178.7), y a las previsiones de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana de 2009 (artículos 34.4, 44 y 46), sobre los servicios de policía municipal para el mantenimiento del orden público en materias propias del municipio y de protección vecinal; imponiéndole de paso, a las policías municipales,” la “obligación de coadyuvar con el resto de los cuerpos de seguridad (policías estatales, Policía Nacional Bolivariana y Guardia Nacional Bolivariana) en el control del orden público que resulte alterado con ocasión del ejercicio ilegal del derecho a la manifestación.”

La Sala en esta forma, como lo destacó la Mesa de la Unidad Democrática, “alude con amplitud y generosidad o laxitud a los poderes policiales destinados a disolver reuniones o concentraciones en espacios públicos, mientras que omite la referencia a los principios constitucionales e internacionales que limitan el control policial de cualquier manifestación pacífica, autorizada o no,”⁹ procediendo además, a igualar la acción de las policías municipales a las policías nacional y estatal, e incluso, a las fuerzas militares, para la utilización de medios represivos que no les está permitido utilizar. Lo que la Sala ha pretendido es “legalizar” un Estado represivo que es contrario a la Constitución, que fue el que se quiso incorporar en la reforma constitucional de 2007, que fue rechazada por el pueblo.¹⁰

F. *Sexta duda sobre los poderes sancionatorios en materia de desobediencia a las limitaciones impuestas al derecho a manifestar*

En cuanto a la sexta “duda” del Alcalde recurrente sobre las “facultades sancionatorias que posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho a manifestar,” la Sala Constitucional le indicó que:

“ante la desobediencia de la decisión tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción, bien por el hecho de haberse efectuado la manifestación o reunión pública a pesar de haber sido negada expresamente o por haber modificado las condiciones de tiempo, modo y lugar que fueron autorizadas previamente, la referida autoridad deberá remitir al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible toda la información atinente a las personas que presentaron la solicitud de manifestación pacífica, ello a los fines de que determine su responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 483 del Código Penal, además de la responsabilidad penal y jurídica que pudiera tener por las conductas al margen del Derecho, desplegadas durante o con relación a esas manifestaciones o reuniones públicas.”

Con ello, lo que logró la Sala Constitucional fue, ni más ni menos, que “regularizar” la criminalización de la protesta,¹¹ para justificar la represión, haciendo de los Alcaldes cómplices obligatorios de tácticas persecutorias; y siempre con la “espada de Damocles” establecida por la propia Sala en las decisiones de marzo de 2014, de los casos de revocación del mandato de los Alcaldes de San Diego y San Cristóbal por supuesto desacato, de que ante cualquier acción de amparo que se intente contra ellos porque no persiguen y denuncian penalmente, suficientemente, a los manifestantes “desobedientes,” entonces ellos mismos pueden ser encarcelados y despojados de su investidura popular en un juicio sumario por la propia Sala Constitucional.

⁹ Véase -Comunicado de la Mesa de la Unidad Democrática sobre inconstitucional y *antidemocrático* fallo del TSJ,- Caracas, 24 de abril de 2014

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007

¹¹ Al contrario, como con razón ha señalado Provea que -Los derechos consagrados en nuestra Carta Magna no pueden ser convertidos en delitos por la acción arbitraria de las instituciones del Estado, la protesta es un mecanismo legítimo que tienen los ciudadanos en las sociedades democráticas para reclamar y conquistar derechos o para defenderse frente a los posibles abusos de poder.- Véase Nota de Prensa, -La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia suprimió, mediante una sentencia publicada ayer, las garantías para el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica, tal como lo consagra la Constitución Nacional y la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones,- en el nacional web 25 de abril 2014-.

IV. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Como puede derivarse de lo anteriormente señalado, y de cómo la Sala Constitucional, al resolver el “recurso de interpretación” intentado (sin decir si era de la Constitución o de la Ley), y que buscaba una “reforma” o “mutación” legal “a la carta”; en una forma evidentemente regresiva y limitante, al supuestamente precisar “el contenido y alcance del artículo 68 de la Constitución [...], así como las dudas generadas con ocasión de la aplicación de los artículos 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones,” en realidad, además de usurpar las funciones del Legislador, asumiendo ilegítimamente una función de “legislador positivo” que no tiene, lo que hizo fue violar el artículo 19 de la Constitución.

Esta norma, en efecto, como la misma Sala Constitucional lo declaró en otros tiempos: “reconoce de manera expresa el *principio de progresividad* en la protección de los derechos humanos,” conforme al cual no solo “el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos,” sino que “tal progresividad se materializa en el *desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección*. En este ámbito cobra relevancia la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice *respetando el contenido de los derechos fundamentales*.”¹²

Por ello, en otra sentencia (sentencia N° 1.654/2005, del 13 de julio de 2005), la misma Sala Constitucional expresó que “la progresividad de los derechos humanos *se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos*,” lo que luego volvió a ratificar en sentencia N° 74 de 25 de enero de 2006, al recordar que: “mal podría esta Sala, cúpula de la jurisdicción constitucional, olvidar que, de conformidad con el principio de progresividad de los derechos fundamentales que recoge el artículo 19 de la Constitución, *el Constituyente lo que puede es mejorar y ampliar la protección y el tratamiento de estos derechos, no así lograr su mutación en detrimento de su contenido y atributos*.”¹³

Con mayor razón, ese es también el principio que ha de regir respecto de las sentencias de la Sala Constitucional, como máxima intérprete de la Constitución, en el sentido de que mediante las mismas no pueden mutar las disposiciones legales en detrimento del contenido y atributos de los derechos, como ocurrió con el derecho a manifestar.¹⁴ Al contrario, en este caso, como lo resumió José Ignacio Hernández, “la Sala Constitucional creó una prohibición que impide el derecho a manifestar sin autorización. Además, advirtió que obviar esa autorización implica un delito penal. Es decir, los ciudadanos pueden ir presos por manifestar sin autorización de los Alcaldes.”¹⁵

¹² Véase sentencia N° 1114 de 25-5-2006, Caso: *Lisandro Heriberto Fandiña Campos*, en *Revista de Derecho Público* N° 106, Caracas 2006, pp. 138 ss.

¹³ Véase sentencia No. 74 de 25-1-2006, Caso: *Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales*, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Caracas 2006, pp. 124 ss.

¹⁴ Cuán diferente fue, por ejemplo, la posición del Tribunal Constitucional Español, cuando en sentencia STC 36/1982, al interpretar la Ley 17/1976 sobre reuniones en lugares de tránsito público, que establecía el requisito de autorización, a la luz del artículo 21 de la Constitución de 1978 que nada disponía en tal sentido, interpretó conforme al principio de la progresividad, que de lo que se trataba era sólo de una -comunicación-. Véase las referencias en José Luis López González, -El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Etapa), N° 96, Madrid 1997, pp. 179 ss.

¹⁵ Véase José Ignacio Hernández, -Sobre la decisión del TSJ y el derecho a la protesta-, en *Prodavinci*, abril 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-la-decision-de-la-sala-constitucional-y-el-derecho-a-la-protesta-por-jose-ignacio-herandez/> En el mismo sentido, el Colegio de Abogados del Distrito Federal expresó que con -esta decisión, la Sala Constitucional creó, fabricó en forma inconstitucional e ilegal una prohibición que impide ejercer el derecho a la manifestación sin autorización. Además, advirtió que obviar esa autorización implica un delito penal, lo cual a su vez es inconstitucional, por cuanto viola la reserva legal para los delitos al crear un delito que no existe en la legislación venezolana vigente. Es decir: los ciudadanos pueden ir presos por manifestar sin autorización de la Primera Autoridad Civil del Municipio.- Concluye el Colegio observando que: -En consecuencia, estamos en presencia de una sentencia radicalmente nula por mandato de los artículos 25 y 350 constitucionales, ya que entre otros graves vicios: a) conculca de hecho el derecho a la protesta cívica pacífica, b) suspende garantías constitucionales ad infinitum y viola convenios

Este inconstitucional proceder de la Sala Constitucional, al secuestrar dicho derecho constitucional, imponiendo requisitos y limitaciones para su ejercicio que no están previstos en la ley, vicia de ilegitimidad dicha sentencia N° 257 de 25 de abril de 2014, y como cualquier otro acto legítimo de cualquier órgano del Estado, los ciudadanos tienen el derecho a desconocerlo en los términos del artículo 350 de la Constitución,¹⁶ sobre todo porque la Sala, en su actuación, no tiene quien la controle. Es por ello que solo el pueblo puede hacerlo.

internacionales vinculantes c) crea un delito penal que no existe, d) somete a la libre voluntad del funcionario competente no solo el ejercicio del derecho a la protesta, sino también el lugar y tiempo para su realización, además, e) ordena a las policías municipales a violar la propia Constitución al imponerles el deber de disolver manifestaciones sin poder legalmente tener los equipos necesarios para ellos.- Véase -Pronunciamiento del Ilustre Colegio de Abogados de Caracas sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que interpreta el derecho a manifestar-, Caracas 26 de abril de 2014.

¹⁶ Es en definitiva lo planteado por Cipriano Heredia, Diputado al Consejo Legislativo del Estado Miranda: -A los venezolanos lo único que nos queda es aplicar por la vía de los hechos la Constitución...-Véase: -Heredia: Sentencia del TSJ apuntala talante dictatorial del Gobierno,- en *El Universal*, Caracas 28 de abril de 2014.

43. UNA NUEVA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL: EL FIN DE LA PROHIBICIÓN DE LA MILITANCIA POLÍTICA DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL, Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS MILITARES ACTIVOS DE PARTICIPAR EN LA ACTIVIDAD POLÍTICA, INCLUSO EN CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DE LA SUPERIORIDAD JERÁRQUICA

Revista de Derecho Público, N° 138, abril-junio 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 170-175

Resumen: *Este comentario jurisprudencial tiene por objeto analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 651 de 11 de junio de 2014, en la cual, mediante una ilegítima mutación constitucional, puso fin a la tradicional prohibición de tener militancia política impuesta a los miembros de la fuerza armada nacional, y admitió como derecho de los militares activos, el de participar en actividades políticas, incluso en cumplimiento de las órdenes de la superioridad jerárquica.*

Palabras Clave: *Militares. Actividad política. Militares. Militancia política.*

Abstract: *This article has the purpose of comment the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal N° 651 of June 11, 2014, by which, through a constitutional mutation, the Tribunal eliminated the traditional prohibition imposed upon the members of the Armed Forces to have political militancy, admitting, in addition, as a right of the military personnel in service, to participate in political activities, even following orders of the hierarchy.*

Key words: *Military personnel. Political Activity. Military personnel. Political militancy.*

Apenas se publicó la Constitución de 1999 y sobre la base de mi participación como Constituyente en los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente, en un trabajo denominado “Reflexiones Críticas sobre la Constitución venezolana de 1999” que se publicó en 2000 con ocasión de diversas presentaciones que hice sobre el nuevo texto constitucional,¹ advertí sobre el “acentuado esquema militarista” que se había incorporado en la Constitución, y cómo, al agregarse dicho esquema, “al presidencialismo [extremo] como forma de gobierno, y a la concentración del Poder en la Asamblea Nacional,” resultaba una “combinación que podía “conducir fácilmente al autoritarismo”² como lamentable, pero efectivamente ocurrió.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999-”, en Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

² Ya en nuestro pronunciamiento sobre las “Razones del voto -NO- en el referéndum sobre la Constitución,” que publicamos el 30 de noviembre de 1999, expresamos: “en cuanto a la Constitución política en el Proyecto de Constitución, cuando se analiza globalmente, particularmente en los elementos antes mencionados, pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.” Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 325.

En particular, sobre el régimen militar en la Constitución, ya en 2000 destacábamos que:

“en el texto constitucional quedó eliminada toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada Nacional, unificadas las cuatro fuerzas, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

Ello se evidencia de las siguientes regulaciones: primero, de la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no pueden ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; segundo, de la eliminación del control, por parte de la Asamblea Nacional, respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, que en el constitucionalismo histórico siempre se había previsto, disponiéndose en el texto constitucional, al contrario, que ello es competencia exclusiva de la Fuerza Armada (art. 331); tercero, de la eliminación del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, lo que abre la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, comience a deliberar políticamente y a intervenir y dar su parecer sobre los asuntos de los que estén resolviendo los órganos del Estado; cuarto, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961; quinto, lo que es más grave aún, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes “cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961; sexto, de la atribución a los militares, en forma expresa, del derecho al sufragio (art. 330), lo cual podría ser incompatible, políticamente, con el principio de obediencia; séptimo, del establecimiento del privilegio procesal, tradicionalmente reservado a los altos funcionarios del Estado, a los altos oficiales de la Fuerza Armada de que para ser enjuiciados se requiera una decisión del Tribunal Supremo sobre si hay o no méritos para ello (art. 266,3); octavo, del sometimiento a la autoridad de la Fuerza Armada de todo lo concerniente con el uso de armas y no sólo las de guerra, lo que se le quita a la Administración civil del Estado (art. 324); noveno, de la atribución, en general, a la Fuerza Armada de competencias en materia de policía administrativa (art. 329); y décimo, de la adopción en el texto constitucional del concepto ya histórico de la doctrina de la seguridad nacional, por ser esta de carácter globalizante, totalizante y omnicomprensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326).”

Esta situación –concluía– da origen a un esquema militarista que constitucionalmente es una novedad, pero que puede conducir a un apoderamiento de la Administración civil del Estado por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

Todo lo anterior, muestra un cuadro de militarismo realmente único en nuestra historia constitucional que ni siquiera se encuentra en las Constituciones de los regímenes militares.”³

A pesar de ese cuadro de acentuado militarismo, sin embargo, en el texto constitucional se logró preservar en forma expresa, sobre la relación entre la Fuerza Armada nacional y sus integrantes y la actividad política, lo siguiente: primero, que “la Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico” (Artículo 328.); segundo, que “en el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (Artículo 328.); tercero, que a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional no “les esté permitido optar a cargo de elección popular (Artículo 330); y cuarto, que a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional, tampoco les está permitido “participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político” (Artículo 330).

Estos postulados esenciales, por supuesto, sólo podrían cambiarse mediante una reforma del texto constitucional, como se pretendió hacer con la rechazada reforma constitucional de 2007, cuando por ejemplo, respecto de la norma del artículo 328, en primer lugar, se buscaba eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada es “institución esencialmente profesional, sin militancia política”, y en su lugar se proponía establecer que constituye “un cuerpo esencialmente patriótico popular y antiimperialista”.

³ *Idem.*, pp. 327-329

Con ello, hubiera desaparecido la institución militar como institución profesional, y desaparecido la prohibición de que la misma no tenga militancia política, definiéndosela como “patriótico popular y anti-imperialista,” lo que buscaba abrir como lo expresamos en 2007, “el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada Bolivariana en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades, como se propuso en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución.”⁴

Sin embargo, como ya ha ocurrido con tantos otros aspectos de la fallida rechazada reforma de 2007, ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como ha sucedido en otras ocasiones, el órgano del Estado encargado de implementar dicha reforma, en fraude a la Constitución y, además, en fraude a la voluntad popular que la rechazó el 7 de diciembre de 2007, lo que se ha materializado mediante sentencia N°. 651 de 11 de junio de 2014 (Caso *Rafael Huizi Clavier y otros*).⁵ Esta sentencia, en efecto, ha producido una nueva e ilegítima mutación constitucional,⁶ impuesta impunemente a través de un *obiter dictum* pronunciado con ocasión de negar la homologación de un desistimiento y de declarar la improcedencia *in limine litis* de una acción de amparo que habían intentado en 28 de marzo de 2014 un grupo de militares retirados, alegando la violación por parte de la Ministro de Defensa, de los derechos de los militares en servicio activo de “mantenerse al margen de participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político,” garantizados entre otros en los artículos citados 328 y 330 de la Constitución, al haber sido obligados a:

“participar uniformados en marchas partidistas (15 de marzo de 2014), confeccionar pancartas con mensajes políticos y ordenarles mediante comunicación escrita hacerse acompañar con sus familiares a tales actos; a proferir como mensajes institucionales, expresiones tales como “*patria, socialismo o muerte*”, “*Chávez vive*”, “*la lucha sigue*”, “*hasta la victoria siempre*”, y “*plagar*” las instalaciones operacionales, administrativas y sociales militares, con innumerables expresiones escritas y gráficas de proselitismo del partido político “*PSUV*” y de quien fuera Presidente de la República y presidente fundador del mencionado partido político; así como, de igual forma, que ordenen a los subalternos izar en cuarteles y dependencias militares la bandera de la República de Cuba y difundir, publicar y exhibir en cuarteles y otras instalaciones fotografías del “*dictador cubano Fidel Castro y del reconocido asesino internacional el ‘che’ Guevara, lo que configura una burla al honor del militar venezolano y la una (sic) violación a la nacionalidad, que podría calificarse como traición a la patria*”.

Frente a estos alegatos, la Sala Constitucional comenzó por recordar que “en todos los ejércitos del mundo existe el saludo militar, cuya manifestación responde a la idiosincrasia o cultura del país o al momento histórico, social y político por las que hayan atravesado,” lo que inevitablemente me hizo recordar el saludo de los ejércitos nazis al Führer, propio de la “idiosincrasia” o “cultura” de Alemania en el “momento histórico, social y político por la que estaba atravesando” a partir de la caída de la República de Weimar en 1933, hasta la conclusión de la segunda guerra mundial, que fue el más negro de su historia.

Pasó luego a agregar la Sala que el saludo militar además, “indica una muestra simbólica, profesional e institucional, de respeto, disciplina, obediencia y subordinación ante la superioridad jerárquica y a la comandancia en jefe a la cual responde,” lo que está bien si el comandante en jefe fuera sólo el Jefe del Estado, y el respeto, disciplina, obediencia y subordinación se refirieran a la Nación venezolana; pero no es admisible cuando el jefe de Estado, al ser jefe de un partido político, es decir, de una parcialidad política, el saludo militar, como “muestra simbólica, profesional e institucional, de respeto, disciplina, obediencia y subordinación” se hace ante la “superioridad jerárquica” de dicho partido político.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 94; y en *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 150.

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/165491-651-11614-2014-14-0313.HT> ML

⁶ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, -Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos- en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, -Límites a la mutación constitucional-, en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

Hacer este tipo de manifestaciones, como las denunciadas, no puede considerarse en forma alguna, como lo hizo la Sala Constitucional, pues nada tiene que ver con ello, la representación de:

“una expresión, gestual u oral, del sentimiento patriótico que involucra, para el caso de la República Bolivariana de Venezuela, el cumplimiento del deber fundamental *“de honrar y defender a la patria, sus símbolos y, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación”*, tal y como lo consagra el artículo 130 de nuestro Texto Fundamental.”

Luego de hacer referencia a normas generales de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a las líneas generales definidas por el Ejecutivo Nacional respecto del “Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (hoy en día reconocido como el Plan de la Patria 2013-2019), y que, además, se encuentra debidamente aprobado por el órgano del Poder Legislativo Nacional para su implementación en toda la República,” y al Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, sobre las funciones del Ministro para la Defensa, la Sala destacó que los accionantes no sólo no habían probado –cuando no era necesario por ser público y notorio y además, comunicacional en los términos de la doctrina judicial de la Sala válida para otros casos- que lo denunciado implicara “un fin de propaganda o de proselitismo político,” sino que declaró, en contra lo que dispone la Constitución, que supuestamente “la participación de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en actos con fines políticos no constituye un menoscabo a su profesionalidad,” y que más bien es “un baluarte de participación democrática y protagónica” derivado del derecho a la participación sin discriminación que tiene todo ciudadano, incluyendo los militares en situación de actividad. Estos, afirmó la Sala, tendrían el derecho, como cualquier ciudadano, “de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública,” al punto de considerar que el “ejercicio de este derecho se erige como un acto progresivo de consolidación de la unión cívico-militar, máxime cuando su participación se encuentra debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta.”

Con las consideraciones que ha formulado la Sala Constitucional en esta sentencia sobre la relación de la actividad militar con la actividad política, los principios esenciales establecidos en la Constitución han sido modificados sin que haya habido una reforma constitucional, en lo que sin duda ha sido una mutación ilegítima más de la misma.

A partir de la sentencia, por tanto, en primer lugar, a pesar de que la Constitución diga que la Fuerza Armada Nacional es una institución “esencialmente sin militancia política” (art. 328), con el reconocimiento generalizado en la sentencia del derecho de los militares activos “de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública,” pero sometidos como están al “respeto, disciplina, obediencia y subordinación” respecto de la “superioridad jerárquica,” si esta superioridad es la que preside un partido político, los integrantes de la Fuerza Armada Nacional están sin duda obligados a seguir disciplinadamente lo que la misma ordene desde el punto de vista político, pasando automáticamente a tener la institución, la militancia política del Comandante en Jefe de la misma.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, a pesar de que la Constitución disponga que la Fuerza Armada Nacional “en el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” (Artículo 328.), al reconocer la sentencia y declarar en forma general que los militares activos tienen derecho de “participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública,” en la forma “debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta,” lo que ha establecido la Sala Constitucional es que estando los militares activos sometidos a la “superioridad jerárquica,” y a los principios de “respeto, disciplina, obediencia y subordinación” respecto de la misma, están en consecuencia obligados a estar al servicio de la parcialidad política que la superioridad les indique, conforme a las instrucciones del Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional.

Y en tercer lugar, a pesar de que la Constitución establezca que a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional, no les está permitido “participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político” (Artículo 330), al reconocerse en la sentencia el derecho de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional “de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública,” sometidos incluso a las instrucciones de la superioridad jerárquica a la cual deben respeto, disciplina obediencia y subordinación, los mismos tienen derecho e incluso la obligación de participar en cuanto acto de propaganda, militancia y proselitismo político decidan o se les ordene o instruya.

De todo lo anterior resulta que, a partir de la sentencia, simplemente la Constitución dejó de decir lo que decía, y pasó a decir lo que a la Sala Constitucional se le ocurrió que dice, con lo cual, sin ser reformada y con la misma fraseología, pasó en esta materia a decir otra cosa, es decir, su texto fue mutado. Al hacer esto, la Sala Constitucional usurpó el Poder Constituyente que sólo el pueblo tiene para poder reformar o enmendar la Constitución conforme a los procedimientos previstos en ella, no existiendo mecanismo alguno para controlar lo que hace el guardián de la Constitución.

El resultado, en todo caso, es que por ejemplo, cuando la Constitución prescribe que la Fuerza Armada Nacional no puede tener “militancia política,” según lo dispuesto por la Sala Constitucional, lo que dice es que si puede tener dicha militancia, conforme lo ordene la superioridad jerárquica, incluso expresada en el uso de símbolos partidistas; cuando la Constitución prescribe que la Fuerza Armada Nacional no puede estar al servicio de “parcialidad política alguna,” según lo dispuesto por la Sala Constitucional, lo que dice es que sí puede o debe tener la parcialidad política del Comandante en Jefe de la misma; y cuando la Constitución dice que los integrantes de la Fuerza Armada Nacional no pueden “participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político,” según lo dispuesto por la Sala Constitucional, lo que ello significa es que si pueden “participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública.” Tan simple como eso.

En esa forma la Constitución se violó abiertamente, y lo inconstitucional se convirtió en constitucional, mediante una ilegítima mutación constitucional hecha por el juez constitucional, realizada no sólo en fraude a la Constitución, sino en fraude a la voluntad popular expresada en el rechazo de la reforma constitucional de 2007, que tenía la misma finalidad de eliminar la prohibición constitucional de que la Fuerza Armada pudiera tener “militancia política.”

44. 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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo)

Revista de Derecho Público, N° 138, abril-junio 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 176-213

Resumen: *Este comentario analiza las sentencias de la Sala Constitucional N° 138 de 17 de marzo de 2014, y N° 245 de 9 de abril de 2014 mediante las cuales, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías al debido proceso, condenando a dos alcaldes prisión y revocándoles su mandato popular en contra del principio democrático.*

Palabras Clave: *Amparo, Desacato. Revocación de Mandato. Principio democrático.*

Abstract: *This comment analyses the Constitutional Chamber decisions N° 138 of March 17, 2014, and N° 245 of April 9, 2014, through which the Supreme Tribunal, usurping the jurisdiction of Criminal Courts, sanctioned two Mayors because their noncompliance of an injunction issued against them, in violation of the due process of law guarantees, sending the mayors to prison and revoking their popular mandate, against the democratic principle.*

Key words: *Injunction, Noncompliance. Popular Mandate. Revocation; Democratic principle.*

I. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIA DE AMPARO

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, aún cuando formulado en forma indirecta, repitió en su artículo 29 lo que es una característica de toda decisión judicial y es la obligatoriedad de los fallos en materia de amparo, precisando que los jueces que las dicten, cuando acuerden “el restablecimiento de la situación jurídica infringida,” en el dispositivo del fallo de la sentencia siempre deben ordenar “que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena de incurrir en desobediencia a la autoridad” (art. 29).

Adicionalmente, como secuela de dicha obligatoriedad, dispuso el artículo 30 de la Ley Orgánica, que cuando “la acción de amparo se ejerciere con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva,” la sentencia debe siempre ordenar “la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.”

En consecuencia, en cuanto a los efectos de la decisión de amparo en relación con su carácter obligatorio, el principio es que, como todas las decisiones judiciales, la sentencia es obligatoria no sólo para las partes del proceso, las cuales están obligadas a acatarla de inmediato, sino también respecto de todas las otras personas y funcionarios públicos que deben aplicarlas.

Así se establece, además, en casi todas las legislaciones de amparo, como ocurre en las leyes que regulan la acción de amparo de Bolivia (art. 102), Colombia (arts. 27, 30), Costa Rica (art. 53), Ecuador (art. 58), Honduras (art. 65), Nicaragua (art. 48), Paraguay (art. 583) y Perú (arts. 22, 24).¹

El juez respectivo, además, a los efectos de asegurar la ejecución de la decisión, puede *ex officio*, o a petición de parte, tomar todas las medidas necesarias dirigidas a lograr su cumplimiento, estando facultado, por ejemplo, en la ley guatemalteca, para decretar órdenes y librar oficios a las autoridades y funcionarios públicos de la administración pública o a las personas obligadas (art. 55). Los tribunales de amparo según lo dispuesto en las leyes de amparo de Guatemala (art. 105), Ecuador (art. 61), El Salvador (art. 61) y Nicaragua (art. 77) también están facultados incluso para usar los medios de fuerza pública para asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En tal sentido, la Ley Orgánica de Amparo de Venezuela de 1988, su artículo 32.B relativo a la sentencia, también dispone que, en la misma, el juez debe especificar en forma precisa “la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución.”

II. EL DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO Y LA AUSENCIA DE PODERES SANCIONATORIOS DEL JUEZ DE AMPARO

En relación con la obligatoriedad de las sentencias de amparo, en los casos de desacato al dispositivo de las mismas, la Ley Orgánica de 1988 lo único que prevé como delito tipificado es el incumplimiento del mandamiento de amparo, para cuyo efecto el artículo 31 prevé que “quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.”

Ello implica que la Ley Orgánica de 1988, como sucede en general en América Latina, no le otorga al juez de amparo potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, sólo a procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que de inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

La ley venezolana, por lo demás, sigue la orientación de las leyes reguladoras del amparo en América Latina, en las cuales no se prevé para los jueces de amparo facultad directa de castigar, mediante la imposición de sanciones penales, el desacato a sus órdenes; lo que sin duda contrasta con los poderes de los jueces norteamericanos frente al desacato de las *injunction*, tan características del sistema de protección de derechos en los sistemas anglosajones. Ello fue admitido en los Estados Unidos de América a partir de la sentencia de la Corte Suprema dictada el caso *In Re Debs* (158 U.S. 564, 15 S.Ct. 900, 39 L.Ed. 1092 (1895)), donde de acuerdo con el Juez Brewer -quien pronunció la sentencia-, se decidió que:

“el poder de un tribunal de emitir una orden también lleva consigo el poder de sancionar la desobediencia a tal orden y la pregunta acerca de la desobediencia ha sido, desde tiempos inmemoriales, la función especial del tribunal. Y esto no es un tecnicismo. Para que un tribunal pueda compeler obediencia a su orden debe tener el derecho a precisar si ha habido desobediencia a su orden. El someter la cuestión de la desobediencia a otro tribunal, sea un jurado u otra corte, equivaldría a privar los procedimientos de la mitad de su eficacia.”²

En otro caso, *Watson v. Williams*, 36 Miss. 331, 341, la Corte declaró lo siguiente:

“El poder de multar y encarcelar por contumacia ha sido considerado, desde la historia más antigua del derecho, como la necesaria faceta y atributo de un tribunal, sin el cual no podría existir más de lo que pudiera existir sin un juez. Es un poder inherente a todos los tribunales de los que se tiene cuenta y coexistente con ellos por las sabias disposiciones del Common Law. Un tribunal sin el poder efectivo de protegerse a sí mismo contra los asaltos de los desaforados o de ejecutar sus órdenes, sentencias o decretos contra los rebeldes a sus disposiciones, sería una desgracia al derecho y un estigma a la era que lo produjo.”³

¹ Para el estudio de todas las leyes de amparo de América Latina véase: Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008; y *Leyes de Amparo de América Latina*, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Instituto de Administración Pública del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México, Academia de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, 2 Vols., Jalisco 2009.

² Véase en: Owen M. Fiss and Doug Rendleman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, p. 13. v. t. William M. Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, pp. 72 ss.

³ *Idem*.

Estas facultades de sancionar penalmente los desacatos a decisiones judiciales protectivas han sido las que precisamente han dado a las *injunctions* en los Estados Unidos de América su efectividad en relación con la protección de derechos, estando el mismo tribunal que las dicta facultado para reivindicar su propio poder ante cualquier desobediencia, mediante la imposición de sanciones penales y pecuniarias, con prisión y multas.⁴ Los tribunales latinoamericanos, en contraste, como hemos dicho, no tienen esas facultades o éstas son muy débiles.

En efecto, aun cuando el desacato a la sentencia de amparo sea sancionable en las leyes de amparo latinoamericanas, no está en poder del mismo tribunal de amparo el aplicar sanciones afectando personalmente al desobediente o rebelde. Estas facultades sancionatorias están atribuidas sea a la Administración Pública respecto de los funcionarios renuentes, o a un tribunal penal diferente al emisor del fallo, frente al desacato. Así, por ejemplo, en caso de desacato por funcionarios administrativos, a los efectos de las sanciones disciplinarias, al tribunal de amparo le corresponde notificar al superior jerárquico en la Administración para que inicie un procedimiento disciplinario administrativo contra el funcionario público rebelde que debe ser decidido por el órgano superior correspondiente en la Administración Pública, como está establecido en Colombia (art. 27), Perú (art. 59) y Nicaragua (art. 48).

Respecto de la aplicación de sanciones penales a quienes desacaten la decisión de amparo, los tribunales de amparo, o la parte interesada, deben procurar el inicio de un procedimiento judicial penal en contra de aquellos, el cual debe ser iniciado por ante la jurisdicción penal competente, como es la regla general establecida en las leyes reguladoras de la acción de amparo de Bolivia (art. 104); Colombia (arts. 27, 52, 53); Costa Rica (art. 71); Ecuador (art. 58); El Salvador (arts. 37, 61); Guatemala (arts. 32, 54, 92); Honduras (art. 62); México (arts. 202, 209); Nicaragua (art. 77); Panamá (art. 2632); Paraguay (art. 584) y Venezuela (art. 31). En algunos casos excepcionales, como en Colombia (art. 27), el juez de tutela puede imponer detenciones administrativas (y sólo eso) a la parte renuente.

Por lo tanto, los jueces de amparo en Latinoamérica no tienen el poder para directamente imponer sanciones disciplinarias o penales a aquellos que desacatan sus órdenes y sólo en algunos países tienen poder para directamente imponer multas (astreintes) a las partes continuamente renuentes hasta lograr el cumplimiento de la orden. Este es el caso de las leyes reguladoras de la acción de amparo en Colombia (art. 27); República Dominicana (art. 28); Guatemala (art. 53); Nicaragua, (art. 66); y Perú (art. 22).⁵

III. LAS PROPUESTAS DE REFORMA (NO SANCIONADAS) DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO DE OCTUBRE 2013 SOBRE EL DESACATO EN MATERIA DE AMPARO

Ante esta carencia legislativa, en la propuesta de reforma de la Ley Orgánica de Amparo de Venezuela, que sólo se aprobó en primera discusión a finales de 2013, se buscaba introducir como una innovación importante, que al tribunal de amparo tendría competencia para sancionar con multa de una (1) a cincuenta (50) unidades tributarias a las personas y funcionarios, que “no acataren sus órdenes o decisiones o no le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias a que hubiere lugar” (art. 27 del proyecto). La misma regulación también se buscaba establecer en el **artículo 66 del proyecto, al asignar al tribunal de amparo**, a los efectos de garantizar la ejecución del mandamiento de amparo, competencia para sancionar directamente con multa de diez (10) a quinientas (500) unidades tributarias a quienes lo incumplieren en el lapso señalado para ello, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Además, en ese proyecto de reforma de la Ley Orgánica de 2013 se buscaba incorporar en su normativa un título dedicado a regular, en particular, “el desacato al mandamiento de amparo constitucional, de la protección para los derechos e intereses colectivos o difusos y de la libertad o seguridad personal,” con disposiciones como las siguientes:

⁴ En Filipinas, el Reglamento sobre el Recurso de Amparo, faculta al tribunal competente a -ordenar al accionado que se niega a responder, o que responda falsamente, o a cualquier persona que de cualquiera otra manera desobedezca o se resista a un proceso legítimo u orden del tribunal, a ser sancionado por contumacia. El contumaz puede ser encarcelado o multado.- Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -The Latin American Amparo Proceeding and the Writ of Amparo in The Philippines,- en *City University of Hong Kong Law Review*, Volume 1:1 October 2009, pp 73–90.

⁵ Véase Samuel B. Abad Yupanqui, *El proceso constitucional de amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 136.

En primer lugar, la regulación general en el artículo 63 del proyecto, de un tipo delictivo más amplio para quienes incumplieren el mandamiento de amparo dictado por el tribunal, indicando que serían castigados con prisión de uno (1) a tres (3) años y la imposición de las siguientes penas accesorias por el mismo tiempo de la condena:

1. Si el agravante fuese comerciante, se planteaba que quedaba inhabilitado para el ejercicio del comercio.
2. Si el agravante fuese funcionario público se proponía que comportaría la destitución del cargo, salvo los funcionarios de elección popular.
3. Si el agravante o la agravante fuese una autoridad de elección popular quedaría inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas en el período siguiente a la culminación de su mandato.
4. Si el agravante ejerciere alguna profesión, industria o arte se planteaba que quedaba inhabilitado para su ejercicio.

En estos casos de incumplimiento del mandamiento de amparo, el artículo 64 del proyecto también buscaba establecer como “procedimiento por desacato” que el tribunal de amparo remitiera copia certificada de las actuaciones al fiscal del Ministerio Público a fin de que se iniciase la investigación para la determinación del hecho punible de acuerdo a los procedimientos previstos a tales efectos. Igualmente, en el proyecto también se preveía que el juez de amparo debía remitir copia certificada a la Defensoría del Pueblo la cual podía participar de la investigación, y tener acceso al expediente y a sus actas o cualquier otra información que reposare en los archivos del Estado o en instituciones privadas, con el fin de hacer las recomendaciones a que hubiere lugar. En tales casos, también se contemplaba que el Fiscal General de la República, en el informe anual que debe presentar ante la Asamblea Nacional, debía indicar expresamente los desacatos a mandamientos de amparo que le hubieran sido remitidos por tribunales, con sus respectivas resultas (art. 65).

Por otra parte, como antes se dijo, en la misma orientación del artículo 27 del proyecto antes mencionado, el artículo 66 del mismo buscaba disponer, a los efectos de garantizar la ejecución del mandamiento de amparo, que el tribunal de amparo tenía competencia para sancionar directamente con multa de diez (10) a quinientas (500) unidades tributarias a quienes lo incumplieren en el lapso señalado para ello, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

En estos casos de multas, y en los otros supuestos regulados en la Ley, conforme al “principio de proporcionalidad de la multa,” el mismo artículo 67 del proyecto de reforma disponía que el importe de la multa se debía determinar atendiendo al principio de proporcionalidad, para lo cual se debía tomar en consideración “la capacidad económica del sancionado, el bien jurídico protegido, los hechos controvertidos, y demás circunstancias concurrentes.” En todo caso, agregaba el proyecto de reforma que si quien hubiere sido sancionado con arreglo a las disposiciones antes mencionadas no cumpliera con el mandato de amparo ni tampoco cumpliera la sanción, la multa se debía incrementar a razón de una unidad tributaria por cada día de incumplimiento (art. 68).

Por otra parte, conforme al artículo 69 del proyecto de reforma de la Ley Orgánica, el sancionado podía reclamar por escrito la decisión judicial que le hubiera impuesto las sanciones antes mencionadas, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, oportunidad en la que debía exponer las circunstancias favorables a su defensa. El reclamo debía ser decidido por el Tribunal dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del lapso anterior. El tribunal, en estos casos, podía ratificar, revocar o reformar la sanción, siempre y cuando no causase mayor gravamen al sancionado.

Por último, el artículo 70 del proyecto de reforma de la Ley Orgánica buscaba declarar expresamente que, sin menoscabo de las multas y sanciones antes mencionadas, el agraviado podía exigir la reparación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; a cuyo efecto, la sentencia de amparo se debía tener como plena prueba pre constituida y la reclamación debía ser tramitada por el procedimiento correspondiente ante el juez de municipio del domicilio del agraviado.

Sin embargo, como ya se ha dicho, el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo de 2013, si bien fue aprobado en primera discusión en octubre de 2013, no fue siquiera sometido a segunda discusión en el curso de 2013.

IV. LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO (DERECHO A LA DEFENSA, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, AL JUEZ NATURAL) POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL, AL USURPAR LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN PENAL Y PRETENDER IMPONER SANCIONES PENALES SIN PROCESO, Y ACTUANDO COMO JUEZ Y PARTE

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que en Venezuela, el desacato a las sentencias de amparo es un delito tipificado en la propia Ley Orgánica de Amparo de 1988 (art. 31), el cual -como todos los delitos para cuyo juzgamiento no existe una jurisdicción penal especial-, sólo puede ser decidido y sancionado por los tribunales competentes de la jurisdicción penal ordinaria, mediante un proceso penal, con las garantías del debido proceso, no teniendo el juez de amparo competencia alguna para sancionar en forma alguna el desacato de sus decisiones.

Ello sin embargo ha sido trastocado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014,⁶ en la cual, esa Sala usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el “instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.

En efecto, luego de que un conjunto de asociaciones y cooperativas de comerciantes interpusieron una denominada demanda “por derechos e intereses colectivos o difusos” conjuntamente con una petición de medida cautelar innominada contra el Alcalde y el Director de la Policía Municipal de un Municipio del Estado Carabobo (San Diego),⁷ para que removieran supuestas obstrucciones en las vías públicas del Municipio que se habían producido por protestas populares contra las políticas del Gobierno, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, que les “fue notificada vía telefónica” a dichos funcionarios, acordó el amparo constitucional cautelar solicitado, y en líneas generales ordenó a los Alcaldes, entre múltiples actividades de tipo administrativo que son propias de la autoridad municipal como velar por la ordenación de la circulación, la protección del ambiente, el saneamiento ambiental, la prevención y control del delito, y en particular que debían realizar acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios:

“a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio.”⁸

⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205>. HTML

⁷ Una demanda similar se intentó simultáneamente ante la Sala Constitucional por un abogado a título personal contra los Alcaldes de los Municipios Baruta y El Hatillo, originando una medida de amparo cautelar (sentencia N° 135 de 12 de marzo de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/161913-135-12314-2014-14-0194>.HTML); la cual, a petición del mismo abogado formulada a título personal, originó una decisión judicial de aplicación por efectos extensivos de la anterior medida judicial de amparo cautelar contra los Alcaldes de los Municipios Chacao, Lechería, Maracaibo y San Cristóbal (sentencia 137 de 17 de marzo de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162024-137-17314-2014-14-0194>.HTML). Ello se anunció en la Nota de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de marzo de 2014. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11777>. debe destacarse, sin embargo, que en la Nota de Prensa oficial del Tribunal Supremo informando sobre la primera decisión de detención del Alcalde del Municipio San Diego, se afirmó, que -Los alcaldes a quienes se sancionan son de los municipios donde presuntamente se han cometido mayor número de hechos delictivos como homicidios, destrucción de organismos públicos y privados, destrucción del ambiente, incendio de vehículos y cierre de vías, desde que se iniciaron las manifestaciones violentas en el país.- Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=11768>. Con ello, el Tribunal Supremo expresó claramente el propósito de su sentencia de amparo, que en definitiva no era el de proteger algún derecho ciudadano, sino el de sancionar a los Alcaldes de oposición, precisamente por ser de oposición.

⁸ Contra esta decisión de mandamiento de amparo cautelar el Alcalde del Municipio se opuso a la misma mediante escrito de 18 de marzo de 2014, y al día siguiente, el día 19 de marzo de 2014, la Sala Constitucional con base en el argumento

Cinco días después de dictada la referida sentencia acordando la medida de amparo cautelar, la Sala Constitucional, en sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, sin que nadie se lo solicitara ni advirtiera, es decir, actuando de oficio, y con el propósito de sancionar directamente a los destinatarios de la medida cautelar por presunto desacato a la medida cautelar decretada, procedió a fijar un procedimiento *ad hoc* para ello, a los efectos de determinar “el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo,” identificando a su vez a la persona que habría incurrido en delito, anunciando además que “en caso de quedar verificado el desacato,” verificación procesal que la propia Sala haría en sustitución del juez penal, en contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo, la misma Sala impondría:

“la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitirá la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.”

Es decir, la Sala Constitucional resolvió usurpar la competencia de la Jurisdicción Penal y anunció que verificaría la comisión del delito de desacato, identificando a los autores que habían incumplido el mandamiento de amparo constitucional que había dictado, por lo que les impondría directamente la pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses, que es la sanción penal prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica. Ni más ni menos, el Juez Constitucional se erigió en el perseguidor de los funcionarios públicos electos responsables de los gobiernos municipales en los Municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario.

Para incurrir en este abuso de poder y usurpación de competencias exclusivas de los jueces de la Jurisdicción Penal, la Sala Constitucional, por supuesto, violó todos los principios más elementales de la garantía del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución, entre ellos, el derecho de toda persona a ser juzgado a través de un proceso penal desarrollado ante jueces penales, que son el juez natural en la materia; el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

1. *Violación del derecho a la defensa por falta de actividad probatoria, y a la presunción de inocencia por inversión de la carga de la prueba*

En efecto, la Sala comenzó violando el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia al fundamentar su decisión en el simple “dicho” de que:

“por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional librado en la sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, lo cual esta Sala califica como un hecho notorio y comunicacional (*vid.* Sentencia N° 98 del 15 de marzo de 2000).

Esta supuesta motivación inicial, por supuesto, es absolutamente violatoria al debido proceso legal, pues implica que la Sala pasó a tomar una decisión sin desarrollar actividad probatoria alguna, de lo que resulta de los siguientes hechos: primero, que no indicó qué era lo que “la prensa” supuestamente había “difundido”; segundo, que no identificó a qué “prensa” se refería, es decir, cuál o cuáles periódicos o medios de comunicación, y en qué fecha, habrían sido publicados; tercero, que no hizo mención a la existencia de una supuesta “noticia” de hechos que hubieran acaecido que habría sido publicada; y que cuarto, no precisó por qué, de lo que supuestamente se habría “difundió” en la “prensa,” que no dijo, podía “denotarse el presunto incumplimiento” de un mandato de amparo constitucional.

Todo ello pone en evidencia, no sólo la violación del debido proceso legal, por violación al derecho a la defensa, sino, además, el grave vicio de inmotivación de la sentencia, que la hace nula en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Pero, además, por el hecho de calificar un “dicho” como “hecho notorio y comunicacional” en ese caso, lo que pretendió la Sala Constitucional fue dar por probados unos inexistentes “hechos” publicitados que no mencionó, pretendiendo invertir la carga de la prueba y violando con ello la presunción de inocencia al compeler a los Alcaldes que “probaran” lo contrario a algo que ni siquiera se decía que era. Como lo resolvió la Sala Constitucional en la sentencia N° 8 de 2000 que la misma Sala cita, el “hecho comunicacional” sólo puede ser “acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo

de que en el procedimiento de amparo no debe haber incidencias, declaró como -IMPROPONIBLE en derecho la oposición al mandamiento de amparo constitucional cautelar planteada por el ciudadano Vicencio Scarano Spisso.- Véase la sentencia N° 139 de 19 de marzo de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162073-139-19314-2014-14-0205.HTML>

que constituye la noticia.” Nada ello ocurrió en este caso, donde la Sala no indicó “hecho” alguno concreto y específico, limitándose a afirmar que en la “*prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional.*” De esa afirmación, es realmente imposible deducir que pudiera haber algo que al calificarse como “hecho notorio y comunicacional” se haya dado “por probado” que los Alcaldes, sin embargo, en violación a su derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, debían desvirtuar.

La Sala Constitucional, al dictar la sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, en realidad, lo que hizo fue violar el contenido de la sentencia que invocó, la N° 98 del 15 de marzo de 2000, al pretender calificar “como un hecho notorio y comunicacional,” algo que como se dijo, primero, no es ningún “hecho”; segundo, que no es nada “notorio”; y tercero, que es imposible que sea “comunicacional,” pues afirmar simplemente que “por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional” no puede considerarse como un “hecho” y menos como un “hecho notorio y comunicacional.”

En efecto, conforme a la mencionada sentencia N° 98 de 2000 que fijó la doctrina del “hecho notorio y comunicacional,” y sobre la concepción del “hecho notorio”, la misma Sala Constitucional consideró que para poder ser aplicada, ante todo tenía que existir un “hecho”, es decir, un acontecimiento, un suceso o un acaecimiento *que efectivamente hubiera tenido lugar*, y que por haberse conocido habría entrado a formar parte de la cultura, se habría integrado a la memoria colectiva, se habría constituido en referencia en el hablar cotidiano de las personas, parte de sus recuerdos y de las conversaciones sociales.

El “hecho notorio,” por tanto, para la Sala Constitucional en aquella sentencia, ante todo tiene que ser un suceso o acaecimiento *cierto, real, que ha sucedido indubitavelmente*, y que por su conocimiento por el común de la gente debido a su divulgación (ya que no todo el común de la gente pudo haber presenciado el hecho), entonces no requiere ser probado. De allí los precisos ejemplos que utilizó la Sala Constitucional en dicha sentencia N° 98 de 2000, todos referidos a *hechos ciertos, reales, que efectivamente sucedieron o acaecieron*, como: “el desastre de Tacoa” referido al hecho del incendio de tanques de combustible en la Planta de la Electricidad de Caracas en Tacoa (Litoral Central); “la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo”, referido al hecho del choque de un barco tanquero contra una sección del puente sobre el Lago de Maracaibo y la caída de dicha sección que interrumpió el tránsito; “los eventos de octubre de 1945” referidos al hecho conocido como la “Revolución de octubre” de 1945 que originó el derrocamiento del gobierno del Presidente Isaías Medina Angarita y la instalación de una Junta de Gobierno; y “la segunda guerra mundial”, hecho acaecido desde 1939 hasta 1945.

Pero además de tratarse de un “hecho” para que se trate de un “hecho publicitado” o “hecho comunicacional”, el mismo debe haber adquirido “difusión pública uniforme por los medios de comunicación social,” que por ello, “forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.” En esos casos, sostuvo la Sala, “los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, *publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido* a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social.”⁹

En el caso de la sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, la “calificación” como un “hecho notorio y comunicacional” al dicho de que “*por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional*” equivale a considerar como un “hecho” a nada, y de la nada, como una grotesca burla al derecho y a la propia doctrina contenida en la sentencia citada N° 98 del 15 de marzo de 2000 de la misma Sala.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre el tema del -hecho notorio- me he referido al comentar la doctrina jurisprudencial en la materia sentada por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en los trabajos: -Consideraciones sobre el ‘hecho comunicacional’ como especie del ‘hecho notorio’ en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo,- en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232; y -Sobre el llamado ‘hecho comunicacional’ como fundamento de una acusación penal-, en *Temas de Derecho Penal Económico, Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez* (Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas), Fondo Editorial AVDT, Obras colectivas OC N° 2, Caracas 2007, pp. 787-816.

Y en todo caso, quedaba por resolver qué fue lo que pretendió la Sala con declarar como tal “hecho notorio y comunicacional,” al dicho de que “*por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional.*” La consecuencia directa de la declaratoria era que la Sala habría dado por probado, no un “hecho,” sino un “dicho,” y, por tanto, los Alcaldes supuestamente debían entonces tratar de “desvirtuar” el “dicho” ya que no había ningún “hecho,” todo lo cual significa una grave violación al derecho a la defensa, pues equivalía a compeler a alguien a “defenderse” de un “hecho” que ni siquiera se identificó.

2. *El procedimiento para determinar el desacato al mandamiento de amparo*

Después del desaguisado cometido por la Sala a propósito del inexistente “hecho notorio y comunicacional”, la Sala Constitucional pasó a constatar que en la Ley Orgánica de Amparo de 1988 “no está contemplado procedimiento alguno para la valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento de amparo a efectos de su remisión al órgano competente,” razón por la cual invocó el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de establecer el procedimiento que juzgó “más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento legal.” Con base en ello, la Sala entonces procedió a establecer que para determinar el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo cautelar decretado, “el procedimiento que más se adecua para la consecución de la justicia” era el estipulado en el artículo 26 de la propia Ley Orgánica de Amparo, razón por la cual en la misma sentencia procedió a convocar al Alcalde y al Director General de la Policía Municipal del Municipio San Diego del Estado Carabobo, a una audiencia pública que fijo para realizarse dentro de las 96 horas siguientes a que conste en autos su notificación, lo que fue el día 20 de mayo de 2014, para que los Alcaldes expusieran “los argumentos que a bien tuvieran en su defensa,” pero sin indicarles de qué es que tenían que defenderse, o cuales eran los “hechos” que tenían que desvirtuar.

Con ello, de nuevo, la Sala Constitucional violó el derecho a la defensa de los Alcaldes notificados, al citarlos para que comparecieran a “defenderse” pero sin decirles cuales eran los hechos que se les imputaban y de los cuales debían defenderse, y lo más grave, afirmando que conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, la falta de comparecencia de los citados “funcionarios municipales a la audiencia pública se tendrá como aceptación de los hechos”, pero se insiste, sin indicarles cuáles eran los supuestos hechos que se le “imputaban”, que debían supuestamente contradecir, y respecto de los cuales debían “defenderse”, de manera que si no acudían a la audiencia se daban por aceptados por ellos. Mayor arbitrariedad, realmente, es imposible encontrar en una sentencia: que se ordene citar a alguien para que bajo la presunción de certeza de un “dicho”, que se califica como “hecho notorio y comunicacional” y que por tanto no requiere prueba, comparezca ante el tribunal a defenderse y desvirtuar el supuesto “hecho”, pero sin saber exactamente de qué deben defenderse, y todo bajo la amenaza de que, si no comparece, se debe tener como que acepta los “hechos” que no conoce.

3. *La sanción penal al desacato: competencia exclusiva de la Jurisdicción Penal mediante un proceso penal*

Como hemos señalado, el artículo 31 de la ley Orgánica de Amparo dispone como tipo delictivo el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, previendo en tal caso una sanción de prisión de seis (6) a quince (15) meses. Sobre esta norma que sanciona el desacato, la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 789 de 7 de noviembre de 1995 de la Sala Política Administrativa,¹⁰ estableció con toda precisión que la competencia en materia de desacato corresponde exclusivamente a la Jurisdicción penal. Conforme a esa sentencia, por tanto, al juez de amparo le está vedado siquiera apreciar y hacer una calificación del delito al remitir los autos al juez penal,¹¹

¹⁰ Véase Caso *Francisco González Aristiguieta v. Rafael Aníbal Rivas Ostos*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 63-64, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 370 ss.

¹¹ Fue el vicio en el cual incurrió, según la Sala Política Administrativa, la Corte primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de octubre de 1995, cuando decidió como sigue: -Por tal razón, y al no haber podido el ciudadano Francisco González Aristiguieta ejercer las funciones propias del cargo de Jefe de la Brigada Territorial Número 81, lo cual ciertamente le impidió la plena y perfecta reincorporación a tal cargo que fuese ordenada en el mandamiento de amparo otorgado, esta Corte considera que el ciudadano Rafael Aníbal Rivas Ostos incurrió en abierto desacato al mandamiento de amparo, subsumiéndose tal conducta en el artículo 31 de la Ley que rige la materia. Así se declara. En consecuencia, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ordena remitir a los órganos de la jurisdicción penal copia de la presente decisión y de todas las actas contentivas del procedimiento de desacato a los fines previstos en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.- Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 63-64, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 373 y ss.

correspondiendo tal calificación “al tribunal penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 Constitución),” no pudiendo el juez de amparo:

“ejecutar su propia sentencia conforme al procedimiento ordinario (artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), *en lo que se refiere a lo previsto en el artículo 31 citado*, ya que en éste, el legislador consagró un tipo delictual (desacato) que requiere de un procedimiento, tal como lo prevé el artículo 60, ordinal 5º de la Constitución: “Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley”. Debe precisarse al respecto que la jurisdicción ordinaria en materia penal, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial le compete a los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal y a los Tribunales Superiores (Título IV, Capítulo IV D y Título IV Capítulo II D, respectivamente). Los jueces de dichos tribunales son entonces los jueces naturales para conocer del desacato en referencia y las personas supuestamente implicadas en este delito tienen el derecho constitucional de ser juzgadas por sus jueces naturales (artículo 69 Constitución).”

En definitiva, concluyó la Corte Suprema, que:

“Con el fin de que el acto de administración de justicia pueda realizarse en el marco del debido proceso y con base a las exigencias legales y constitucionales imperantes, del desacato de un “mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez” –artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales– debe conocer la jurisdicción penal.”

Este ha sido, por lo demás, el criterio invariable del Tribunal Supremo luego de sancionada la Constitución de 1999, como resulta por ejemplo de la sentencia de la propia Sala Constitucional de 31 de mayo de 2001 (Caso: *Aracelis del Valle Urdaneta*):

“...Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga “*le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)*” (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso *Rafael A. Rivas Ostos* y del 11 de marzo de 1999: Caso *Ángel Ramón Navas*).

En aplicación de la jurisprudencia precedente y por cuanto en el escrito contentivo de la solicitud que dio origen al recurso de apelación la solicitante imputó la comisión de un hecho punible de acción pública como lo es el desacato, previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, *esta Sala se declara incompetente para conocer del mismo, y ordena remitir copia certificada del mencionado escrito a la Fiscalía General de la República a los fines de que se inicie la investigación correspondiente...*”¹²

En otra decisión, N° 74 del 24 de enero de 2002 de la misma Sala Constitucional, al revisar la sentencia de un juez penal de control del Estado Portuguesa que se había declarado “incompetente para conocer el desacato” que le había solicitado una juez de primera instancia del Trabajo y Agrario del Circuito Judicial del mismo Estado, “por considerar que no se trata de un delito sino de una sanción administrativa, que corresponde aplicarla al juez que dictó la decisión de amparo incumplida,” la Sala consideró errado dicho criterio, “ya que conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, quien incumpla el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses. Se trata de una pena corporal que se prescribe para toda aquella persona que incurra en el supuesto de desacato del contenido de un mandamiento de amparo, y esto es propio de la jurisdicción penal.”

La Sala Constitucional agregó que “así lo ha ratificado la jurisprudencia, al considerar que *es dicha jurisdicción, la encargada de conocer las causas iniciadas por incumplimiento de mandamiento de amparo.*”¹³

¹² Citada en sentencia N° 74 de enero de 2003, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/ene ro/74-240102-01-0934.HTM>

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>. En reseña de Juan Francisco Alonso, en *El Universal* de 21 de marzo de 2014, el periodista incluso informa que -Al revisar los archivos del TSJ, *El Universal* verificó que en los años posteriores ese criterio fue ratificado en decisiones como las número 728 del 2 de abril de 2002, la 662 del 4 de abril de 2003 y la 530 del 5 de abril de 2005, en las cuales reiteró que tan pronto se verifique un incumplimiento de un amparo se debe notificar al Ministerio Público sobre el mismo para que investigue al señalado y decida si pide su enjuiciamiento.- Véase Juan Francisco Alonso, -Con caso Scarano TSJ echó a la basura 12 años de jurisprudencia. Juristas alertan que Sala Constitucional no puede condenar a nadie-, en *El Universal* viernes 21 de marzo de 2014 12:00 AM, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140321/con-caso-scarano-tsj-echo-a-la-basura-12-anos-de-jurisprudencia>

Ello implica que conforme a los principios constitucionales particularmente desarrollados en la Constitución de 1999, y a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, en Venezuela nadie puede ser condenado penalmente y a nadie se le puede imponer una pena, “sin un juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial,” conforme a las disposiciones de dicho Código, “y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República” (art. 1), correspondiendo en todo caso, a “los tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (art. 2), y en los términos del artículo 7 del mismo Código, y correspondiendo “exclusivamente [...] a los jueces y tribunales ordinarios o especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso,” que son los tribunales penales de la jurisdicción ordinaria, que son los únicos que tienen “la potestad de aplicar la ley en los procesos penales.”¹⁴

4. *La inconstitucional asunción de la competencia de la Jurisdicción Penal por la Sala Constitucional, como juez y parte, violando las garantías de la presunción de inocencia, al juez natural y a la doble instancia*

Ahora bien, contrariamente a la anteriormente expuesto, la Sala Constitucional en la sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, que comentamos, luego de establecer un inconstitucional procedimiento para verificar el desacato a una sentencia cautelar que dictó en materia de amparo, concluyó afirmando que:

“Esta Sala Constitucional, en caso de quedar verificado el desacato, impondrá la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitirá la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.”

Ni más ni menos, la Sala Constitucional, decidió que una vez ella misma verificara la conducta penal de desacato, ella misma impondría directamente a los culpables la sanción penal de prisión de seis (6) a quince (15) meses prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica; verificación y sanción penal que sólo puede corresponder ser impuesta por un juez penal. Al contrario, en este caso, la Sala Constitucional usurpó la competencia de los tribunales de la jurisdicción penal, que son el juez natural en esos casos, previendo que sólo remitiría los autos, al juez penal “para le ejecución de la decisión,” es decir, para decidir lo conducente al lugar de detención del condenado. Con ello, mediante la sentencia comentada, la Sala Constitucional usurpó la competencia de los jueces penales no sólo para “verificar el delito de desacato,” sino para imponer la sanción penal prevista en la mencionada norma de la Ley Orgánica de Amparo, todo lo cual es abiertamente violatorio del artículo 49,4 de la Constitución que garantiza el derecho de “toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales en la jurisdicción ordinaria,” y del artículo 49.1 de la misma Constitución que a la garantía judicial de la doble instancia, es decir, que “toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo.”¹⁵

¹⁴ Como lo ha dicho con razón el profesor Román José Duque Corredor, en este caso: -Se considero el incumplimiento del mandamiento del amparo como un delito, pero, sin embargo, el enjuiciamiento del Alcalde del Municipio San Diego no se tramitó por el procedimiento ordinario penal, sino por el de una falta, por lo que no se efectuó la fase previa de averiguación, el enjuiciado no participó en esta fase y no se le acusó formalmente sino simplemente se le citó sumariamente para la audiencia oral. Siendo un delito se le juzgó, sin embargo, en una sola instancia, sin derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria.- Véase en su artículo: -Garantías constitucionales violadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso del enjuiciamiento penal del Alcalde del Municipio San Diego, Estado Carabobo, Venezuela,- Caracas 20 de marzo de 2014 (Consultado en original)

¹⁵ Con razón, Juan Manuel Raffalli consideró que -este ‘precedente’ no solo supone el fin de un criterio reiterado, sino que representa -una violación a la doble instancia, porque si el TSJ ya tomó una decisión ante quién puede apelar el Alcalde-. Véase en Juan Francisco Alonso, -Con caso Scarano TSJ echó a la basura 12 años de jurisprudencia. Juristas alertan que Sala Constitucional no puede condenar a nadie-, en *El Universal* viernes 21 de marzo de 2014 12:00 AM, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140321/con-caso-scarano-tsj-echo-a-la-basura-12-anos-de-jurisprudencia>. Por todo ello, con razón, el profesor Alberto Arteaga explicó que lo decidido -no tiene precedentes en el país. Es tan absurdo como una condena a pena de muerte. Si lo hizo la sala Constitucional, cuyas sentencias tienen carácter vinculante, cualquier tribunal que conozca de un procedimiento de amparo puede hacer lo mismo. Si damos por buena esta decisión cualquier alcalde puede ser destituido sin formula de juicio, como ocurrió con Scarano.- Véase Edgard López, -Cualquier alcalde puede ser destituido como Scarano. Los penalistas Alberto Arteaga y José Luis Tamayo consideran que la Sala Constitucional violó la carta magna,- en *El Nacional*, Caracas 21 de marzo de 2014, 12.01am, en http://www.el-nacional.com/poli-tica/Cualquier-alcalde-puede-destituido-Scarano_0_376162596.html.

En este caso, dicha norma fue violada al erigirse la Sala Constitucional en un tribunal *ad hoc*, de excepción, ni siquiera creado mediante ley antes de la comisión del supuesto hecho punible, violando la más elemental de las garantías al derecho proceso; y todo ello, para desarrollar un proceso sumario, alejado totalmente de las garantías del proceso penal, donde la Sala incluso actúa como juez y parte agraviada (cuyas decisiones supuestamente se han desacatado), con el único objetivo de encarcelar rápidamente a quienes “incumplan” sus propias decisiones, sin prueba alguna del supuesto incumplimiento, invirtiendo la carga de la prueba y la presunción de inocencia, e incluso, con la posibilidad de condenar en ausencia, al “presumir” la culpabilidad del supuestamente “imputado” cuando no compareciera a una audiencia fijada.

V. LA CRIMINALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Mayor aberración jurídica que la antes reseñada es inconcebible, y más aún, proviniendo del juez constitucional el cual debería ser el garante de la supremacía e integridad de la Constitución.

Con ella, además, se ha abierto la puerta a la criminalización del ejercicio de la función administrativa al permitirse que mediante el simple expediente de que cualquiera puede acudir ante la Sala Constitucional y demandar a un funcionario administrativo basado en la protección de “derechos e intereses colectivos o difusos” para que ejerza sus funciones propias como lo pautan las leyes, la Sala, inventando un desacato y mediante un procedimiento breve y sumario, invirtiendo la carga de la prueba, pueda rápidamente sancionar por desacato y encarcelar al funcionario por el mal ejercicio de sus funciones. Y si se trata de un funcionario electo, como es el caso de los alcaldes, la Sala, sin ser juez penal, pueda llegar a declarar la inhabilitación política del funcionario, al encarcelarlo y separarlo de su cargo violando el principio democrático.

Y algo parecido, pero más grave fue lo que precisamente ocurrió, como estaba anunciado, en el caso del Alcalde y del Director de la Policía Municipal del Municipio San Diego, luego de efectuada la audiencia que la sentencia N° 138 de la Sala Constitucional había inconstitucionalmente fijado para el día 19 de marzo de 2014, para decidir sobre el supuesto desacato por parte de los mismos al mandamiento de amparo cautela dictado por la propia Sala mediante sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014.

La audiencia, en efecto, se realizó ante la Sala Constitucional con una duración de más de 8 horas, y al final de la noche del mismo día 19 de marzo de 2014, según se informó oficialmente en la Nota de Prensa difundida por el Tribunal Supremo,¹⁶ como había sido anunciado, la Sala Constitucional sancionó al Alcalde Vicencio Scarano Spisso y el Director de la Policía Municipal Salvatore Lucchese Scaletta, a cumplir diez meses y quince días de prisión, más las accesorias de Ley; y además, no sólo le impuso al Alcalde la “pena” accesoria de separarlo del ejercicio de su cargo por ese tiempo, sino más grave, de “cesarlo” definitivamente “en el ejercicio de sus funciones en el cargo de Alcalde del municipio San Diego del estado Carabobo,” cuando no hay ley alguna que autorice a la Sala Constitucional a “revocarle” el mandato a un Alcalde como funcionario electo popularmente.

Lo que es definitivo en esta materia es el principio establecido en el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que conforme al artículo 23 de la Constitución tiene jerarquía constitucional en el país, a pesar de que -violando la propia Constitución- el gobierno haya denunciado la Convención en 2013) en el sentido de que toda restricción al ejercicio de derechos políticos debe estar basada en una “condena, por juez competente, en proceso penal.” Ello significa que para eliminarle a un ciudadano sus derechos democráticos, consistentes, por ejemplo, en el derecho a ejercer cargos públicos de elección popular, que es de la esencia de la democracia representativa, es necesario primero, que se produzca una “condena” judicial; segundo, que la misma sea pronunciada por un “juez competente”, y tercero que ello ocurra “en un proceso penal.” Es lo que precisamente lo que no ocurrió en el caso de la decisión que comentamos de la Sala Constitucional.

Pero teniendo en cuenta que efectivamente la Sala Constitucional usurpó las potestades de la Jurisdicción penal ordinaria, y procedió ella misma, directamente, a condenar penalmente a unos funcionarios, aún cuando sin seguir proceso penal alguno, a una pena de prisión; la pena accesoria que podía dictar sólo podía ser la “inhabilitación política” establecida en el artículo 24 del Código Penal, que establece que la misma “no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión y produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tengan el penado y la incapacidad, durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio.” Pero no. En este caso, la Sala ni siquiera aplicó esta pena accesoria de suspensión del ejercicio de sus funciones durante

¹⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdepren-sa.asp?codigo=1771>.

la condena (10 meses), sino que procedió a despojar al funcionario electo de su cargo, el cual, como consecuencia de la cesación decidida, no podrá volver a ejercerlo. Ello por supuesto es inconstitucional, pues la Sala Constitucional no tiene competencia para declarar la “falta absoluta” del Alcalde, es decir, revocarle en este caso su mandato.¹⁷

Pero así lo hizo, lo que quedó corroborado con el rápido anuncio que al día siguiente de la famosa decisión de cesar al Alcalde en el ejercicio de su cargo de elección popular, hizo en rueda de prensa la Vicepresidenta del Consejo Nacional Electoral, de la cual la Agencia Venezolana de Noticias informó que dijo lo siguiente: “Al ser notificados por el Tribunal Supremo de Justicia sobre el cese en el ejercicio de funciones del ciudadano alcalde del municipio San Diego y, en consecuencia, su falta absoluta, la Junta Nacional Electoral ha convocado a los técnicos de este organismo para la elaboración de una propuesta de cronograma, que deberá ser discutida en las próximas horas en el Consejo Nacional Electoral.”¹⁸ El anuncio se concretó el día 21 de marzo de 2014, al anunciar a la prensa la misma vicepresidenta del Consejo Nacional Electoral, Sra. Oblitas que el organismo había decidido “convocar perentoriamente elecciones en el municipio San Diego del estado Carabobo,” en vista de la “notificación realizada por los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) quienes declararon la falta absoluta e inhabilitación de Scarano,” lo que por lo demás, parece que no debía haber sabido porque la sentencia no había sido publicada.¹⁹

En todo caso, lo decidido por el Consejo Nacional Electoral, además, viola abiertamente el artículo 87 de la ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010 que establece expresamente que “cuando la falta del alcalde se deba a detención judicial, la suplencia la ejercerá el funcionario designado por el Concejo Municipal, dentro del alto nivel de dirección ejecutiva”, agregando que es el Consejo Municipal el que puede decidir convertir la falta temporal en absoluta cuando la “falta temporal se prolonga por más de noventa días consecutivos.”²⁰

En todo caso, la consecuencia inmediata de la decisión de la Sala fue que los funcionarios, es decir, el Alcalde Vicencio Scarano Spisso y el Director de la Policía Municipal Salvatore Lucchese Scaletta, fueron detenidos en el acto, por decisión nada menos que del Juez Constitucional, y puestos “a la orden del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin),” estableciéndose Caracas “como sitio de reclusión [...] hasta tanto un juez de primera instancia en funciones de ejecución determine el sitio definitivo de reclusión.” Eso fue lo que leyó en la audiencia la Presidenta de la Sala Constitucional, indicándose además, en la Nota de Prensa que al haber oído a las partes en la audiencia y estar presente representantes del Ministerio Público

¹⁷ Sobre esto, el profesor José Ignacio Hernández ha señalado con razón, que -al margen de las irregularidades del proceso que condujo a la detención del Alcalde Scarano, lo cierto es que él sigue siendo Alcalde, pues el mandato popular no se extingue por la sola detención judicial. Tanto más, acoto, cuando esa detención fue producto de un proceso violatorio derechos fundamentales.

Al pretender convocar a elecciones en el Municipio San Diego, se está violando, por ello, el mandato popular, al crearse una ausencia absoluta que no está indicada expresamente.

Ni el TSJ ni el CNE pueden crear nuevas causales de ausencia absoluta distintas a las establecidas en la Ley, pues ello implicaría desconocer, ilegítimamente, ese mandato popular. Eso es lo que está sucediendo, precisamente, con el Alcalde Scarano.- Véase en, José Ignacio Hernández, -Es constitucional que el CNE convoque elecciones en el Municipio San Diego?, 20 de Marzo de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/es-constitucional-que-el-cne-convoque-elecciones-en-el-municipio-san-diego-jose-ignacio-hernandez/>.

¹⁸ Así lo informó la Agencia Venezolana de Noticias (AVN), Jueves, 20/03/2014 01:00 PM. Otra reseña de lo informado por la Sra. Sandra Oblitas, indica que dijo que -el ente electoral se encuentra en proceso de preparación del cronograma electoral para el municipio de San Diego- y que -ante la detención y destitución del alcalde Vicencio Scarano, emitida por Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), la rectora del ente electoral informó que en las próximas horas se convocará a nuevos comicios.- Véase la reseña en <http://www.lapatilla.com/site/2014/03/20/cne-prepara-cronograma-para-elecciones-en-san-diego/>.

¹⁹ Véase en Eugenio Martínez, -CNE prepara comicios para elegir sustituto en San Diego,- en *El Universal*, 21 de marzo de 2014, Como lo escribió el periodista en la reseña de la rueda de prensa que se hizo sin preguntas: -La ausencia de preguntas no permitió aclarar interrogantes técnicas y legales sobre este proceso [...] Desde la perspectiva legal no fue posible precisar por qué el CNE admite la ausencia absoluta de Scarano cuando esta no fue dictada por un juez penal o por qué se avala la inhabilitación política del alcalde a través de un procedimiento especial no previsto taxativamente en las leyes.- Véase en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140321/cne-prepara-comicios-para-elegir-sustituto-en-san-diego>.

²⁰ Véase la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. del 28 de diciembre de 2010.

y de la Defensoría del Pueblo “el TSJ da cumplimiento estricto al debido proceso.”²¹ Y la Defensora del Pueblo, obviando todo análisis jurídico y olvidándose de su función de velar por que en los procesos se garanticen los derechos humanos por los órganos del Estado, se limitó a afirmar que “Es imposible que con la presencia de todos los poderes públicos (en la audiencia contra Scarano) se cometa una ilegalidad.”²² Allí está la clave de tanta violación al ordenamiento jurídico en un régimen autoritario: pretender que una acción inconstitucional es “legal” porque se comete por todos los órganos del Estado.²³

En todo caso, con el Tribunal Supremo como instrumento para someter y encarcelar los alcaldes de oposición, quien ejerce la Presidencia de la República (N. Maduro) al día siguiente de la sentencia del Tribunal Supremo, y antes de que su texto se hubiese publicado, el día 20 de marzo de 2014 ya había comenzado a amenazar directamente a los demás Alcaldes, de que usaría al Tribunal Supremo para eliminarlos,²⁴ y lo mismo hizo dos días más tarde el Gobernador del Estado Barinas en relación con Alcaldes de esa entidad.²⁵

Las amenazas se comenzaron a concretar de inmediato, y así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, muy obediente y diligentemente, mediante sentencia N° 150 de ese mismo día 20 de marzo de 2014, con base en las mismas solicitudes de “demandas de protección por intereses colectivos o difusos,” y en vista de la extensión de la medida cautelar de amparo dictada por la sentencia N° 135 de 12 de marzo de 2014, al Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Sr. Daniel Ceballos, mediante sentencia N° 137 de 17 de marzo de 2014; resolvió, con la misma motivación de que “por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato de amparo constitucional” mencionado, lo cual la Sala igualmente lo calificó “como un hecho notorio y

²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdepren-sa.asp?codigo=11771>. Sin embargo, el abogado defensor del Alcalde de San Diego, indicó sobre la audiencia, que -la Sala Constitucional actuó como un tribunal penal. Se desarrolló un juicio sumarísimo, en el cual ni siquiera hubo una acusación de parte del Ministerio Público. Teníamos 47 testigos y, sin criterio alguno, se nos dijo que solo aceptarían 5. Apenas se nos concedió 10 minutos, compartidos entre el alcalde y yo, para exponer los alegatos de defensa. El TSJ avaló los testimonios de 5 guardias nacionales, una vecina de San Diego y un video con señalamientos del presidente de la Asamblea nacional, Diosdado Cabello, contra Scarano. Todo se resolvió al final de una audiencia de 8 horas.- Véase Edgard López, -Cualquier alcalde puede ser destituido como Scarano. Los penalistas Alberto Arteaga y José Luis Tamayo consideran que la Sala Constitucional violó la carta magna,- en *El Nacional*, Caracas 21 de marzo de 2014, 12.01am, en <http://www.el-nacional.com/politica/Cualquier-alcalde-puede-destituido-Scarano376162596.html>

²² -La defensora del Pueblo, Gabriela Ramírez, le salió al paso a las críticas que desde distintos sectores se le han formulado al procedimiento realizado por la Sala Constitucional contra Scarano y defendió su legalidad,- limitándose dicha funcionaria a decir que -Es imposible que con la presencia de todos los poderes públicos se cometa una ilegalidad-, afirmó, al tiempo que aseguró que el hoy exalcalde tuvo la oportunidad de defenderse de los señalamientos en una -audiencia muy larga-. Véase en Juan Francisco Alonso, -Con caso Scarano TSJ echó a la basura 12 años de jurisprudencia. Juristas alertan que Sala Constitucional no puede condenar a nadie-, en *El Universal* viernes 21 de marzo de 2014 12:00 AM, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140321/con-caso-scarano-tsj-echo-a-la-basura-12-anos-de-jurisprudencia>

²³ Habría que recordarle a la defensora del Pueblo lo que el político español Iñaki Iñanagasti, destacaba en su comentario a la traducción del profesor Carlos Armando Figueredo del libro de Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, (1987) sobre el comportamiento de los jueces durante el nazismo en Alemania, en el sentido de que -la terrible conclusión que saca del libro es que los atropellos, las prisiones, las torturas y aún el exterminio en masa se hicieron de manera legal y apegada a la norma.-

²⁴ El día 20 de marzo de 2014, a las pocas horas de haber la Sala Constitucional dictado su decisión encarcelando al Alcalde del Municipio San Diego del Estado Carabobo, Nicolás Maduro como Presidente de la República, refiriéndose al Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda, le dijo: -Ramón Muchacho póngase las pilas, porque si el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) toma acciones con estas pruebas, usted se va de esa alcaldía ¿oyó? llamaríamos a elecciones, para que el pueblo de Chacao tenga un alcalde o una alcaldesa que de verdad lo represente- [...] Alertó que los manifestantes pueden protestar -todos los días que quieran, pero no pueden trancar las vías. En lo que lo hagan, entraremos y formará parte del expediente de desacato de Ramón Muchacho. Mírese en el espejo-. Véase en -Maduro amenaza con elecciones en el municipio Chacao-, en *El Universal*, jueves 20 de marzo de 2014 05:53 PM, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140320/maduro-amenaza-con-elecciones-en-el-municipio-chacao>

²⁵ Véase en Walter Obregón, -Adán Chávez amenazó con poner presos a dos alcaldes de Barinas. En un acto, el gobernador de Barinas advirtió al alcalde José Luis Machín (Barinas) y Ronald Aguilar (Sucre) que -podrían acabar como Scarano y Ceballos-, en *El Universal* viernes 21 de marzo de 2014 12:31pm, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/protestas-en-venezuela/140321/adan-cha-vez-amenazo-con-poner-presos-a-dos-alcaldes-de-barinas>

comunicacional,” convocar al Alcalde, a quien además se había detenido acusado de rebelión,²⁶ a que concurriera a la misma y famosa “audiencia oral” preconstituida²⁷ para en todo caso considerarlo culpable de desacato, condenarlo sin juicio penal en violación de todas las garantías del debido proceso, encarcelarlo y revocarle inconstitucionalmente su mandato popular. Y así ocurrió en una audiencia que tuvo lugar el 25 de marzo de 2014, en la cual como lo anunció la Nota de Prensa del Tribunal Supremo “se sancionó a Daniel Ceballos a cumplir 12 meses de prisión,” decidiéndose además que “cesa en el ejercicio del cargo de alcalde del municipio San Cristóbal del Estado Táchira.”²⁸

El Alcalde Ceballos, en todo caso, en la Audiencia del 25 de marzo de 2014 ante la Sala Constitucional, le expresó a los magistrados directamente, entre otras cosas, que estaba allí “porque no existe estado de derecho y justicia,” que, de esa Sala, no esperaba justicia, y que estaba “preparado para recibir una sentencia de unos verdugos que están a punto de consumir un Golpe de Estado contra el Pueblo de San Cristóbal.” Se identificó como “un civil secuestrado en una prisión militar que comparte celdas con Enzo Scarano, un alcalde legítimo y depuesto y Leopoldo López, el hombre que con dignidad y valentía despertó al pueblo. Soy perfectamente consciente de por qué estoy aquí. Tengo muy claro las razones que me traen a este patíbulo.” Y dichas razones, las resumió en la siguiente forma:

“Estoy aquí porque el 8 de diciembre, los dignos ciudadanos de San Cristóbal me dieron el honor y el privilegio de gobernar a la capital del Táchira, otorgándome un mandato incuestionable: me eligieron con el 70% de los votos.

Estoy aquí, porque durante 77 días he trabajado sin descanso durante día y noche, para ser digno de ese mandato que el pueblo me confirió: El de acatar las leyes y llevar a mi ciudad hacia un camino de prosperidad. Han sido los mejores 77 días de mi vida: gobernar a un pueblo valiente y libre que se resiste ante todas las dificultades.

Estoy aquí porque he manifestado públicamente mi rechazo frente a un régimen que ha empobrecido a mi patria, que ha desfalcado sus arcas, que ha encarcelado a inocentes, que ha torturado a estudiantes, que ha asesinado a mis compatriotas. Es un régimen que no merece estar un minuto más en el Poder y contra el que siempre me opondré.

Estoy aquí porque he defendido la Constitución que ha sido violentada en sus principios por una tiranía que ha burlado el sagrado principio de la separación de poderes.”²⁹

Lamentablemente, sin embargo, en el texto de la sentencia publicada diecisiete días después, la Sala Constitucional no recogió todo lo expresado por el Alcalde.

VI. EL FALLIDO INTENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE JUSTIFICAR LO INJUSTIFICABLE: LA VIOLACIÓN DE TODOS LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL CASO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS CONTRA LOS ALCALDES, REVOCÁNDOLES SU MANDATO POPULAR

La anunciada y esperada sentencia en el caso de *Vicencio Scarano Spisso*, Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y de *Salvatore Lucchese Scaletta* Director General de la Policía Municipal de San Diego del Estado Carabobo, que se adoptó en la audiencia de fecha 19 de marzo de 2014, y que fue publicada con el N° 245 el día 9 de abril de 2014,³⁰ enjuiciándolos, condenándolos penalmente y

²⁶ El día 19 de marzo de 2013 oficialmente se informó de la detención del Alcalde Daniel Ceballos por parte del Servicio Bolivariano de Inteligencia (Sebin) por supuesta decisión del Tribunal Iro de Control de Táchira, el cual había ordenado su captura para juzgarlo por rebelión civil, en la cárcel militar de Ramo Verde (Caracas). Véase en <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2014/03/19/detenido-alcalde-de-san-cristobal-daniel-ceballos-por-rebelion-civil-y-agavillamiento-2064.html> y en http://www.el-na-cional.com/politica/Detenidos-Sebin-Daniel-Ceballos-Scarano_0_376162385.html. El 22 de marzo, in-cluso, se anunciaba en los medios que sería presentado ante dicho juez penal de San Cristóbal.

²⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162286-150-20314-2014-14-0194>. HTML

²⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasde-prensa.asp?codigo=11784>. En la Nota de Prensa se informa que se habría dado -estricto cumplimiento al debido proceso- por el hecho de que se oyó al encausado y a la Asociación Civil que accionó contra él. Se le olvidó a la Sala Constitucional que conforme al artículo 49 de la Constitución, el debido proceso no se agota en el derecho a ser oído, sino a la defensa, a la presunción de inocencia, al juez natural, a la doble instancia entre otros, todos violados en dicha audiencia.

²⁹ <http://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2014/03/28/alcalde-daniel-ceballos-le-da-hasta-por-la-cedula-a-los-magistrados-del-tsj/>

³⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205>. HT ML. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014.

encarcelándolos, y en cuanto al Alcalde Scarano, revocándole su mandato popular, es un compendio de violaciones al debido proceso que está garantizado en el artículo 49 de la Constitución, y que el “máximo garante de la misma” simplemente violó impunemente.

Igualmente repite el compendio de dichas violaciones, la sentencia adoptada en la audiencia del día 25 de marzo de 2014, y publicada con el N° 263 el 11 de abril de 2014³¹ dictada en contra del Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Daniel Ceballos, en la cual se aplicó la “doctrina vinculante” que se estableció inconstitucionalmente en la primera, e igualmente, se lo enjuició, condenó penalmente, encarceló y se le revocó su mandato popular en contra de todos los principios del debido proceso.

En las líneas que siguen son referiremos básicamente a la primera de dichas sentencias, en el entendido que todos los razonamientos y críticas que formulamos a la misma se aplican también a la segunda, pues tienen idéntico contenido.

1. *Sobre el debido proceso*

En efecto, la garantía constitucional al debido proceso³² que se ha desarrollado detalladamente en el artículo 49 de la Constitución, ha sido analizada extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, siendo calificada por la Sala Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho”³³, configurada por un conjunto de derechos como son: 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).³⁴

Por tanto, conforme lo ha decidido Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 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*), “se denomina *debido proceso* a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva,” de manera 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.”³⁵

En el caso del enjuiciamiento y condena sin proceso, a los Alcaldes de los Municipios San Diego del Estado Carabobo y San Cristóbal del Estado Táchira, es precisamente un caso de violación flagrante del debido proceso, al haberse a “juzgado,” condenado y encarcelado a los mismos por el “delito” de desacato de una decisión cautelar de amparo, por un tribunal incompetente por no ser parte de la Jurisdicción penal, es decir, violándose el derecho al juez natural, sin proceso penal alguno cuando al tratarse de un hecho punible de acción pública se requería de la iniciativa del Ministerio Público, mediante un procedimiento sumarísimo en el cual la Sala Constitucional actuó como juez y parte, invirtiendo la carga de la prueba, al presumir la culpabilidad de los encausados, violándose el derecho a la presunción de inocencia, y además, el mismo derecho a la defensa.

³¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HT> ML

³² 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.

³³ Véase sentencia N° 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.

³⁴ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia N° 157 de 17 de febrero de 2000, (Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 136 ss.

³⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

2. *La inconstitucional “presunción” de desacato al mandamiento de amparo y su declaración final*

Esas violaciones ocurrieron en particular, en la antes mencionada sentencia en el caso de Vicencio Scarano Spisso, Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y de Salvatore Lucchese Scaletta Director General de la Policía Municipal de San Diego del estado Carabobo, dictada a raíz de una la “acción autónoma de amparo constitucional para la defensa de derechos e intereses colectivos y difusos de la población venezolana”, intentada el 7 de marzo de 2014 por varias asociaciones y organizaciones contra dichos ciudadanos, por omisión de acciones tendentes a prevenir desórdenes públicos dentro del Municipio San Diego”

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 136, del 12 de marzo de 2014, había admitido la acción y acordado una medida de “amparo constitucional cautelar.” Posteriormente, mediante sentencia N° 138, del 17 de marzo de 2014, la Sala advirtió el posible desacato del amparo cautelar impuesto, convocando a los demandados a audiencia pública que se efectuó el 19 de marzo de 2014, al final de la cual la Sala declaró “el desacato y sancionó a los nombrados ciudadanos a cumplir diez (10) meses y quince (15) días de prisión,” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, acordando además, “en consecuencia, el cese en el ejercicio de los cargos públicos que ostentaban ambos ciudadanos.”

Después de hacer un recuento de la audiencia y su objeto, de las pruebas y de las exposiciones de los intervinientes en la misma, entre ellos de la representante del Ministerio Público (Roxana Orihuela) quien aclaró que ella no había venido a la misma “a imputar o acusar sino a que se restituya la situación jurídica infringida,” promoviendo sin embargo los testimonios de cinco oficiales de la Guardia Nacional,” limitándose sólo a solicitar de “la Sala que haga lo conducente para que se cumpla el amparo,” pero no sin antes afirmar “Que todas estas acciones desestabilizadoras lo que persiguen es un golpe de estado.”

Sobre el “hecho probado” la Sala Constitucional de nuevo ratificó que su sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, había apelado a lo que “... *por la prensa se ha difundido información de la que pudiera denotarse el presunto incumplimiento del mandato constitucional librado*” lo que calificó como “*un hecho notorio y comunicacional*” en los términos expuestos en su de sus sentencias sentencia N° 98 del 15 de marzo de 2000 (caso: “*Oscar Silva Hernández*”), ratificada en la sentencia N° 280 del 28 de febrero de 2008 (caso: “*Laritz Marcano Gómez*”), ignorando sin embargo que en las mismas la propia Sala dispuso que la figura del “hecho público comunicacional” no podía invocarse como medio para eludir la carga probatoria, si el mismo había sido *desmentido* por las personas implicadas en el hecho, tal como se expresa en esas sentencias, en las partes que la sala omitió transcribir. La Sala, con base en ello, declaró en la sentencia que fue “el hecho notorio comunicacional [el] que generó la presunción del desacato del fallo dictado por esta Sala Constitucional,” de manera que con base en ello, en su recuento de las pruebas que hizo, lo que apreció fue que las aportadas, en su criterio, no desvirtuaban esa ilegítima e inconstitucional “presunción” de culpabilidad que ella misma había construido y que a su juicio, en violación al derecho a la presunción de inocencia, eran los “imputados” quienes debían desvirtuarla. De ello concluyó entonces la Sala, como estaba ya previsto, declarando que las pruebas apreciadas que “acreditaban” el “hecho notorio comunicacional”, “le dan certeza y convencimiento de que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta son responsables del desacato al amparo cautelar decretado en sentencia dictada el 12 de marzo de 2014,” y que “aun después de dictado el mandamiento de amparo cautelar se ha mantenido la abstención u omisión de los prenombrados ciudadanos en ejercer las competencias que por la Constitución y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela le han sido atribuidas.” De todo ello, la Sala concluyó que “quedó demostrada la falta de acatamiento del amparo cautelar dictado por esta Sala, por parte de los encartados de autos, quienes incumplieron las órdenes contenidas en el mismo.”

Luego pasó la Sala a analizar “el derecho”, partiendo del contenido y de las órdenes impartidas en su “mandamiento de amparo constitucional cautelar” considerando que “en la audiencia de autos quedó demostrado que los demás cuerpos de seguridad del Estado no tuvieron respuesta de la Policía y de la Alcaldía del Municipio San Diego, en materia de prevención y control de acciones violentas,” y que “el Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo no cumplió cabalmente con la inmediata remoción de los obstáculos ubicados en varias vías públicas que se encuentran en el Municipio,” ni de “evitar, según la ley y el mandato de esta Sala, la obstrucción total y parcial de vías públicas en el territorio de ese Municipio,” considerando en definitiva como co-responsable en esos hechos al ciudadano Salvatore Lucchese Scaletta, todo conforme a “lo previsto en los artículos 34, 44 y 46 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana.” En razón de todo lo expuesto, finalmente, la sala estimó

“demostrado que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, omitieron cumplir el mandamiento de amparo cautelar dictado por esta Sala mediante sentencia N° 136, del 12 de marzo de 2014, en los términos ordenados por este Máximo Tribunal de la República, contraviniendo lo resuelto por el más alto nivel de la administración de justicia (*vid.* artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), atentando contra su imagen, autoridad y adecuado acatamiento y funcionamiento, además de poner en riesgo los derechos de la comunidad cuya protección motiva la presente sentencia.”

3. *La consecuencia del desacato y la usurpación de la competencia de la jurisdicción penal por la Sala Constitucional*

Luego de declarar el desacato al mandamiento de amparo, la Sala consideró “de manera definitiva” que la conducta de los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta “encuadra en el supuesto de hecho del precepto establecido en el artículo 31 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.” De allí pasó la Sala, después de considerar que los mencionados ciudadanos violaron los artículos 2, 131, 132 de la Constitución, a constatar que la Constitución dispone que corresponde al poder Judicial “*ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*” (art. 253), para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos “expeditos y eficaces”, con el revestimiento “a la jurisdicción de la fuerza coercitiva necesaria para que ello pueda materializarse de manera efectiva,” como resulta del citado artículo 31 de la Ley de Amparo.

Sobre esta norma, que prevé, como se ha visto, una sanción penal tipificada como delito con pena de prisión para quienes desacatan decisiones de amparo, que sólo puede aplicarse por la Jurisdicción Penal, luego de constatar que el artículo 28 de la Ley de Amparo le atribuye potestad sancionatoria de arresto al juez de amparo –inconstitucional por lo demás– en casos de amparos temerarios, pasó a hacer una afirmación insólita, sin base legal alguna, en el sentido de que:

“si bien no hace referencia expresa “al tribunal” como ente sancionador, lo que pudo estimarse innecesario por parte del legislador, [...] ello no es determinante para privar al juzgador de amparo, cuya decisión ha sido desacatada [...], de aplicar tal sanción en protección no sólo de los derechos que persigue tutelar mediante la misma y el proceso que la contiene, sino también de la labor del juez y del sistema de administración de justicia, pues si no hubiere una reindicación inmediata de la decisión adoptada, la jurisdicción perdería la fuerza suficiente para cumplir las atribuciones que le asigna la Constitución y el resto del orden jurídico, dejando pasos a otras formas de control de los conflictos e interacciones sociales, que no sólo pudieran contrariar la parte orgánica de la Constitución, sino y sobre todo, su dimensión dogmática: valores, principios, derechos y garantías.”

Lo cierto es que buenas intenciones o buenos deseos no pueden ser la premisa para que un juez de impartir justicia; además de ello, necesita tener el poder de hacerlo que sólo la Ley le puede atribuir; y no hay ley alguna en Venezuela que permita a juez alguno distinto a los de la jurisdicción penal, aplicar una sanción penal por ningún motivo ni siquiera por el desacato a sus decisiones; y las Salas del Tribunal Supremo no son ni pueden ser la excepción. Pero no!! La Sala Constitucional en Venezuela, ante la Ley y la Constitución, se erige a sí misma, por su propia voluntad, en la suprema hacedora de leyes. Por ello, el simple razonamiento en el cual cayó la Sala Constitucional, al afirmar que el hecho de que la misma no tenga la posibilidad de sancionar los desacatos a sus mandamientos, aún existiendo una norma como la del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, implicaría en sí mismo “un desacato a la ley,” como también lo sería el tener que dirigirse al Ministerio Público para que este, si lo estima iniciase la acción penal correspondiente, lo que podría hacer “completamente ilusorio el cumplimiento del mandamiento de amparo.”

Pero es que el tema no es de buenos deseos o de buenas intenciones; sino que es de lo que la ley efectivamente establece, siendo que la misma es obligatoria para todos, incluso para la Sala Constitucional. Pero ello, por supuesto no le importó a la Sala Constitucional, la cual concluyó que “para garantizar los artículos 31 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 253 de la Constitución,” reiteró en su sentencia que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta “efectivamente incurrieron en desacato del mandamiento de amparo constitucional decretado” por ella misma, y a juicio de la Sala, “subvirtieron la autoridad y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia,” representada por la propia Sala Constitucional, razón simple por la cual concluyó imponiendo directamente a los mencionados ciudadanos la sanción de prisión en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo.

Ello por supuesto era totalmente contrario a la Constitución y a la ley e, incluso, a la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional que había determinado que la imposición de dicha sanción es de la exclusiva competencia de los tribunales penales.

4. *La pena accesoria de inhabilitación política*

Ahora bien, siendo que la sanción que impuso con usurpación de funciones fue una de prisión, la Sala pasó a pronunciarse “respecto de las accesorias de ley,” como si fuera un tribunal penal, partiendo de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal, al disponer que es una pena accesoria a la de prisión “la inhabilitación política durante el tiempo de la condena.” Para imponer esta pena accesoria sí se refirió la Sala Constitucional, en su argumentación, a que ello debía ser así porque su determinación “sólo le corresponde al legislador”; hecho que sin embargo no tuvo en cuenta la misma Sala Constitucional al imponer la pena principal, que precisamente el legislador la reserva a la Jurisdicción penal, y le impedía a la Sala aplicarla. Pero por lo visto eso no le importó a la Sala Constitucional: lo que el legislador disponía si era bueno para imponer una pena accesoria de inhabilitación política, pero de nada valía para impedir que pudiera imponer la pena principal, para lo cual no tenía competencia.

Partiendo de esta premisa acomodaticia, pasó entonces la Sala a referirse al artículo 24 del Código Penal que se refiere a los efectos de la inhabilitación política como pena accesoria a la de prisión, en el sentido de que “produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos, que tenga el penado y la incapacidad durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio,” aplicando en consecuencia dichos efectos a los señores Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, a partir del día en que emitió el dispositivo de la sentencia, el día 19 de marzo de 2014. Para imponer esta pena accesoria si lo basó la Sala Constitucional en “el irrevocable mandato de Ley” vinculado a “la voluntad del legislador, representante de la voluntad popular”; lo cual sin embargo ignoró totalmente al imponer la pena principal, para lo cual no tenía competencia alguna.

De allí de este doble estándar del valor de la ley, que la Sala aplica sólo cuando le conviene (y nada importa, que lo haga arbitrariamente, pues sus decisiones no tienen a nadie que las controle), que llevó a la misma Sala a afirmar que en este caso, la inhabilitación política que decretaba en contra de Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, implicaba que los mismos

“están privados y cesaron en el ejercicio del cargo Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo, y Director de la Policía de ese Municipio, respectivamente, y no podrán, durante el cumplimiento de la sanción, obtener otros cargos públicos o políticos y gozar del derecho activo y pasivo del sufragio. Así se decide.”

5. *El intento de justificar lo injustificable: que un delito no es un delito y que una pena de prisión no es una pena “penal”*

La decisión de la Sala Constitucional en este caso, de aplicar estrictamente la Ley para imponer una pena accesoria pero ignorando lo que la ley dispone para aplicar la pena principal, que es la que origina la accesoria, la llevó a tratar de justificar lo injustificable, argumentando sobre la competencia para imponer dicha pena principal, que la misma Sala “en algunas decisiones” citando las N° 74 del 24 de enero de 2002 y N° 673 del 26 de marzo de 2002, le había dado correctamente el tratamiento que se le da a los ilícitos penales,

“en el sentido de que, al advertir el desacato, ordenaba oficiar al Ministerio Público para que investigara si se cometió o no el desacato y, si así lo estimare, acusara ante la jurisdicción penal o, en su defecto, solicitara el sobreseimiento de la causa o archivara el expediente. Actuación que se desplegaba aun a pesar de haber podido comprobar el hecho del desacato por notoriedad comunicacional o por medios de prueba que constaban en la causa.”

Frente a ello, todo el argumento subsiguiente de la Sala Constitucional en su sentencia se redujo a un rebuscado intento de ignorar su propia jurisprudencia, indicando que, en este caso, la demanda de amparo había sido intentada ante la propia Sala Constitucional en protección de derechos e intereses colectivos, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, y que la misma había dictado conforme a dicha Ley, una medida de amparo cautelar. Por ello, entonces, afirmó la Sala, que su propia doctrina “no puede permanecer estática” cuando la Ley Orgánica de Amparo no establece “procedimiento alguno para la valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento de amparo a efectos de su remisión al órgano competente,” pasando luego a apelar al expediente de que conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, “cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir, se aplicará el que exclusivamente las Salas de este Alto Tribunal juzguen más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento legal,” ignorando por supuesto, que en materia de aplicación de una pena de prisión como pena principal, si hay un procedimiento establecido que es el del Código Orgánico Procesal Penal a ser desarrollado exclusivamente por los tribunales de la Jurisdicción penal.

En este marco de ignorancia deliberada de lo que la ley establecía, fue que la Sala en su sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, considerando que la Ley del Tribunal Supremo era de 2010 y que aplicar la ley, es decir, el Código Orgánico Procesal Penal, no era el “tratamiento jurídico que debe dársele al referido ilícito” penal, apeló entonces inconstitucionalmente a la previsión del artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo para “determinar el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo cautelar decretado,” citando así a los “encausados” a una audiencia oral en la cual no se garantizaron en forma alguna los principios del debido proceso legal, para proceder de inmediato, como se lo exigía el poder político, a declarar su culpabilidad, condenarlos y encarcelarlos *ipso facto*, en un solo acto y momento en el cual supuestamente podían exponer “los argumentos que a bien tuvieran en su defensa.” Y todo ello, tratando de justificar que la norma sancionatoria del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, a pesar de que fija un tipo delictivo de desacato y una sanción penal de prisión, supuestamente, “carece de carácter penal” porque ninguna norma la califica como “ilícito penal.”

O sea que de acuerdo con la Sala, una tipificación de una conducta en una norma legal como “delito,” sancionado con pena de “prisión,” no sería un “delito,” sino quién sabe qué otra cosa, lo que por tanto no amerita aplicar las garantías del debido proceso, que son entre otras, el derecho al juez natural (jurisdicción penal), y a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa; y todo para tratar de tratar de justificar que en esos casos es el propio juez que lleva el proceso el que debe aplicar la sanción, máxime -a juicio de la Sala- cuando se trate de decisiones que “dicte este Máximo Tribunal de la República, en tutela de intereses y derechos constitucionales.” Todo ello, por supuesto, es totalmente inconsistente con el régimen de protección de la libertad individual, que garantiza que sólo mediante decisión de un juez penal se puede imponer una pena privativa de libertad como la de prisión, siendo absolutamente falaz la argumentación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia de que “no toda norma que contenga sanciones restrictivas de la libertad es necesariamente una norma penal.” Ello es cierto, sólo referido a las sanciones de “arresto” establecida como sanción administrativa (incluso la impuesta por autoridades judiciales), pero simplemente no es cierto si se refiere a la pena de “prisión,” que siempre, siempre, tiene carácter penal, por más que la Sala pretenda decir que “que hoy día, materialmente hablando, [el arresto] no reporta mayores diferencias con la prisión.” A la luz de toda la doctrina citada y copiada en la sentencia, al contrario, si hay diferencia, por lo que la pena de “prisión” impuesta por desacato de una medida de amparo, por más que la Sala la considere anacrónica, si es una sanción que pertenece “al derecho penal” y no simplemente al derecho público,” pues no es una simple sanción a una “desobediencia o conducta indebida ante un tribunal.”

Por lo demás, se le olvidó a la Sala que el arresto, al no ser una pena, no conlleva la pena accesoria de inhabilitación política; en cambio la pena de prisión si la conlleva, como la propia Sala lo ha aplicado en este caso. No se entiende entonces cómo la Sala puede empeñarse en negarle el carácter de pena, de derecho penal a la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, pero a la vez empeñarse en aplicarle la pena accesoria de inhabilitación política que sólo procede cuando hay una “pena (penal) principal, como la de prisión.

Después de estos argumentos contradictorios, la argumentación de la Sala se quedó en rumiar sobre lo ineficaz que sería “la intervención penal en el caso del desacato de amparo,” y sobre “la presencia de tal ilícito en una ley no penal” como la Ley Orgánica de Amparo; y todo para justificar el inconstitucional procedimiento establecido en su decisión para juzgar y condenar por tal delito de desacato, sin seguir el debido proceso penal, considerándolo como “una intervención jurisdiccional absolutamente legítima,” y pretender “asimilar” la sanción penal al desacato en materia de amparo y la sanción penal de prisión, a las simples sanciones administrativas y jurisdiccionales de arresto que prevén muchas normas del ordenamiento procesal aplicables por los propios jueces, a las que se refirió la sentencia de la Sala N° 1184 del 22 de septiembre de 2009, que la Sala copió extensamente (diez páginas) en su sentencia.

Se le olvidó a la Sala Constitucional, sin embargo, hacer referencia y copiar su más reciente sentencia en la materia que fue la N° 1013 de 11 de julio de 2012, en la cual cita a su vez la sentencia N° 341 de 1° de marzo de 2007 y otras decisiones anteriores, en la cual “expresamente se estableció lo siguiente sobre lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

“ha sido criterio de la Sala que lo señalado en el artículo anteriormente transcrito se trata de una *pena corporal* que se prescribe para toda aquella persona que incurra en el supuesto de desacato del contenido de un mandamiento de amparo, y esto es propio de la *jurisdicción penal*.”

Así lo ha ratificado la jurisprudencia, al considerar que es dicha jurisdicción, la encargada de conocer las causas iniciadas por incumplimiento de mandamiento de amparo.

En sentencia del 31 de mayo de 2001 (Caso: *Aracelis del Valle Urdaneta*) la Sala dijo:

“(…) Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga “le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)” (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas).

Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: “al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 *ejusdem*, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.”³⁶

Por tanto, la jurisprudencia constante de la Sala Constitucional había sido la de considerar que como el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo prevé un delito sancionado con *pena de prisión*, es decir, dijo la Sala, tipifica un “hecho punible de acción pública,” decidió en el caso que conocía en apelación, que la Corte de Apelaciones que había actuado aplicando la mencionada norma, “no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento” del mandamiento de amparo constitucional, razón por la cual, igualmente decidió:

“en aplicación de la jurisprudencia precedente y por cuanto en el escrito contentivo de la solicitud que dio origen al recurso de apelación la solicitante imputó la comisión de un hecho punible de acción pública como lo es el desacato, previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala se declara incompetente para conocer del mismo, y ordena remitir copia certificada del mencionado escrito a la Fiscalía General de la República a los fines de que se inicie la investigación correspondiente.”³⁷

Por todo ello, no puede sino causar asombro cómo la Sala Constitucional en la sentencia que comentamos del caso del Alcalde de San Diego, al contrario de su propia doctrina, concluyó afirmando que con la decisión ahora adoptada por ella misma de condenar y encarcelar a un Alcalde y a un alto funcionario municipal por el “delito” de desacato de una sentencia de amparo que según su propia calificación es un delito “de acción pública,” imponerles una “pena de prisión” como “pena principal,” y además la “pena accesoria” de inhabilitación política, -con ello dijo-:

“la Sala no pretende juzgar ilícito penal alguno vinculado a esta causa, pues lo que está siendo objeto de decisión es si hubo o no desacato a la decisión que dictó, y, al haberlo corroborado, imponer la consecuencia jurídica que le obliga atribuir, en estos casos, la ley (artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo).”

O sea que la Sala Constitucional in garantizar en forma alguna el debido proceso, juzga un ilícito penal sin proceso penal alguno, impone una sanción penal como pena principal (pena de prisión), e inhabilita políticamente a los condenados (pena accesoria a la principal), y con toda desfachatez, dice que no se está juzgando ilícito penal alguno vinculado a la causa. Y, además, para justificar la inconstitucionalidad cometida, concluye que ello lo ha hecho “en ejercicio de la potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional,” que supuestamente “no se contrapone a la competencia penal del Ministerio Público, de la policía de investigación penal y de la jurisdicción penal (*stricto sensu*), la cual no se extiende hasta este ilícito judicial constitucional de desacato.”

Aparte de que para que exista una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional,” se requiere texto legal expreso que la regule, la única forma de quitarle el carácter penal al supuesto “ilícito judicial constitucional de desacato” que no es nada más que en palabras de la corte “un hecho punible de acción pública” es mediante una reforma de la ley, y no mediante una sentencia de la Sala Constitucional.

6. *Las violaciones a las garantías del debido proceso: violación al derecho a la presunción de inocencia*

No es más que una flagrante violación del debido proceso la que cometió en este caso la Sala Constitucional, en el cual procedió a condenar y encarcelar a unos funcionarios públicos, aplicándoles una pena de prisión prevista en la Ley Orgánica de Amparo y una pena accesoria de inhabilitación política prevista en el Código Penal, que sólo un juez penal puede juzgar, por la comisión de un hecho punible de acción

³⁶ Véase Caso *Ramón Isidro Nava Aponcio*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1013-11712-2012-2011-1466.HTML>

³⁷ Véase Caso *Ramón Isidro Nava Aponcio*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1013-11712-2012-2011-1466.HTML>

pública, sin que haya habido proceso iniciado por el Ministerio Público quien tiene el monopolio de iniciar los procesos penales en estos casos. Como se indicó en la propia sentencia, en este caso, aún cuando la presencia pasiva de la representante del Ministerio Público en la audiencia pública avaló el inconstitucional procedimiento, la misma se cuidó de precisar que ella no había ido a la misma “a imputar o acusar,” a nadie, lo que por supuesto no podía hacer sino ante la Jurisdicción Penal con las debidas garantías en aplicación del Código Orgánico Procesal Penal. Pero en lugar de denunciar la inconstitucionalidad que la Sala estaba en proceso de cometer, lo que simplemente expresó –como cualquier ciudadano, sin percatarse que era ella precisamente la representante del Ministerio Público– que lo que quería era que “se restituya la situación jurídica infringida,” limitándose a solicitarle a la Sala, “que haga lo conducente para que se cumpla el amparo.”

La decisión de la Sala Constitucional, en realidad, violó abiertamente todos los principios del debido proceso que regula el artículo 49 de la Constitución: *violó el derecho a la defensa* al desarrollar un procedimiento sumario “presumiendo la culpabilidad” de los funcionarios por unas informaciones de prensa, quienes sin embargo, no habían sido “imputadas” o “acusadas” formalmente, como para poder defenderse; *violó abiertamente la garantía de la presunción de inocencia*, al “presumir” más bien la culpabilidad de los encausados, sin aportar prueba alguna contra ellos; *violó la garantía de imparcialidad de la justicia*, al erigirse en parte “acusadora” de una parodia de “proceso penal” que ella misma juzgó, actuando por tanto como “juez y parte”; *violó la garantía del juez natural*, al usurpar con su decisión las competencias exclusivas de los tribunales de la Jurisdicción penal; *violó la garantía de la doble instancia* que tofo proceso penal en el cual se condene a alguien; y en fin *violó la esencia misma de la justicia*, al iniciar de oficio un proceso penal de un delito de acción pública, y condenar y encarcelar por un hecho punible a unos funcionarios públicos, pero sin haber “acusado” a nadie de delito, y sin haber desarrollado un verdadero proceso judicial entre partes, con las garantías del contradictorio, y que en materia penal se produce entre el Ministerio Público y los acusados.

Para tratar de justificar estas violaciones, la Sala Constitucional se limitó a afirmar que los “encausados” sabían del “contenido de este ilícito judicial” porque se los había convocado a una audiencia, simplemente informándoles que se había obtenido “información por notoriedad comunicacional,” del “presunto incumplimiento del mandato constitucional librado en la sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014,” para que allí expusieran “los argumentos que a bien tuvieren en su defensa.” Con eso, dijo la Sala, se actuó:

“en garantía a los derechos a ser oídos y al debido proceso que les asisten, respetando en todo instante, hasta el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del dispositivo, el derecho a la presunción de inocencia.”

No se percató la Sala, que en la misma sentencia, lo que antes había dicho era lo contrario, que un “el hecho notorio comunicacional” era el que había generado “la *presunción del desacato* del fallo dictado por esta Sala Constitucional,” de manera que con base en ello, en el recuento de las pruebas presentadas que hizo la propia sala en el texto de la sentencia, lo que apreció fue que las mismas no desvirtuaban esa ilegítima e inconstitucional “presunción” de culpabilidad que ella misma había construido y que a su juicio, en violación al derecho a la presunción de inocencia, eran los “imputados” quienes debían desvirtuarla. Afirmer por tanto en la sentencia que a los encausados supuestamente se le respetó el derecho a la presunción de inocencia “hasta el momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del dispositivo,” no es más que una burla que la Sala se hace de sí misma, de derecho y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Debe recordársele a la Sala Constitucional, en efecto, que como lo precisó la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo, “la presunción de inocencia es el derecho que tiene toda persona de ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario, el cual formando parte de los derechos, principios y garantías que son immanentes al debido proceso,”³⁸ lo que implica el “derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una *previa actividad probatoria* sobre la cual el órgano *competente* pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.”³⁹ En otros términos, “la presunción de inocencia debe abarcar todas las etapas del procedimiento sancionatorio, y ello implica que se de al investigado *la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan, se le garantice la existencia de un contradictorio, la oportunidad de*

³⁸ Véase TSJ-SPA (5907) 13-10-2005, Caso: *Administradora Convida C.A., vs. Ministerio de la Producción y el Comercio*, *Revista de Derecho Público*, N° 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 81-82.

³⁹ Véase TSJ-SPA (2189) 5-10-2006, Caso: *Seguros Altamira, C.A. vs. Ministerio de Finanzas*, *Revista de Derecho Público*, N° 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 90-91.

*utilizar todos los elementos probatorios que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir, y una resolución precedida de la correspondiente actividad probatoria a partir de la cual pueda el órgano competente fundamentar un juicio razonable de culpabilidad”.*⁴⁰

Por tanto, condenar a alguien por un delito, presumiéndolo desde el inicio como culpable, sin actividad probatoria previa y sin competencia jurisdiccional para ello, como ha ocurrido en este caso del Alcalde del Municipio San Diego, es una violación flagrante de dicho derecho.

7. *Las violaciones a las garantías del debido proceso: violación al derecho a la presunción de inocencia*

Otra violación flagrante al debido proceso en este caso fue la violación de la garantía al juez natural, al haberse dictado una sentencia de condena penal por un tribunal incompetente para ello como lo es la Sala Constitucional.

Sin embargo, en otro intento de justificar las violaciones cometidas al debido proceso, la Sala Constitucional afirmó en la sentencia que comentamos, sin pudor alguno, que en este caso, la “Sala no sólo es el juez natural de la causa en la que dictó el amparo cautelar sino también en la presente incidencia,” afirmando que “en ambos procesos el único interés de esta Sala estriba en la Administración de Justicia,” siendo supuestamente por ello, que “es el Tribunal que debe declarar el desacato a la decisión que dictó y sancionar la conducta contraria a esta última, conforme a la norma vigente y válida prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo,” afirmando pura y simplemente que los “atributos en general de las garantías constitucionales del juez natural se mantienen incólumes (artículo 49.4 del Texto Fundamental)”.

O sea, conforme a lo decidido por la sala, ello es lo mismo que decir que si en el curso de un proceso civil ante un juez de instancia surge una incidencia con motivo de una medida cautelar por ejemplo de prohibición de enajenar y gravar una propiedad, y un testigo o uno expertos llamados por la autoridad judicial comete un delito contra la administración de justicia, declarando falsamente o excusándose de comparecer sin motivo justificado en el proceso civil y su incidencia, que son delitos tipificados y penados en el Código Penal (arts. 239 y 243); entonces, supuestamente, conforme al absurdo criterio de la Sala Constitucional sería el propio el juez civil como supuesto “juez natural de la causa” en la cual se dictó la medida cautelar, el que luego de interpretar que la pena por dichos delitos de falso testimonio o excusa sin justificación en el curso de un juicio sería una “sanción judicial”; el que entonces tendría competencia para juzgar y condenar al presunto delincuente por la misma, sin proceso, simplemente después de presumirlos culpables, llamándolos a una audiencia para que pruebe, que no son culpables. Ello, por supuesto, sería una aberración jurídica, pues el juez natural para juzgar cualquier delito es el juez penal preexistente en la Jurisdicción penal.

En ese absurdo ejemplo, sin embargo, aplicando la misma fraseología que usó la Sala Constitucional en su sentencia, quizás la Sala pudiera llegar a afirmar que en ese hipotético caso, como la falsificación se habría cometido en el curso de un proceso civil, entonces se estaría “ante un ilícito judicial” cuya “conducta típica y sanción están descritas con precisión en la ley (principios de legalidad y reserva de ley), ante un proceso con todas las garantías orientado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (principios de exclusividad procesal y debido proceso), y ante una sanción impuesta por la jurisdicción,” concretamente, en el hipotético caso, por la Jurisdicción Civil “(principios de exclusividad judicial, juez natural –preexistente al hecho, imparcial y competente [...] y tutela judicial efectiva),” y todo ello “a partir de una interpretación garantista” (en la absurda hipótesis de los artículos 239 o 243 del Código Penal), “debidamente ejecutada –como toda sanción judicial– por la jurisdicción.”

Este ejemplo muestra en realidad que la argumentación de la Sala parece no haber tomado en cuenta que juez natural es el “órgano judicial creado por la Ley, al cual ésta le haya *investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial*.”⁴¹ Es decir, a juicio de la propia Sala Constitucional,

⁴⁰ Véase TSJ-SPA (2673) 28-11-2006, Caso: *Sociedad Williams Enbeidge & Compañía (SWEC) vs. Ministerio de Energía y Minas*, *Revista de Derecho Público*, N° 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p. 91.

⁴¹ Así lo estableció desde hace lustros la antigua CSJ-SPA (234) 8-5-97, *Revista de Derecho Público*, N° 69-70, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997 pp. 188-189.

“el derecho al juez natural consiste, básicamente en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley. Esto es, aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que esta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concretó el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces.”⁴²

Por tanto, sobre la garantía del juez natural ha sido en la propia doctrina jurisprudencial de la Sala donde ha establecido que son jueces naturales sólo “los jueces a quienes *la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer*,” de manera que “el órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la *competencia por la materia, es por excelencia el juez natural* de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias”, el cual “debe existir como órgano jurisdiccional *con anterioridad a los hechos litigiosos* sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos.” De lo anterior concluyó la propia Sala Constitucional que “esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad;”⁴³ insistiendo, en otra sentencia, que la garantía exige que “se asegure la presencia de un *juez competente de acuerdo a factores preestablecidos por la ley*, de orden material, territorial y funcional”.⁴⁴

Y ha sido precisamente esa garantía la que ha sido violada por la propia Sala en este caso, al usurpar la competencia del juez natural y aplicar una sanción penal a un hecho punible de acción pública, sin proceso ni competencia para ello. La consecuencia de ello, en todo caso, como lo resolvió la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, es que “la infracción a un factor de competencia de orden absoluto como lo son la competencia por la materia y la funcional –inderogables por las partes– acarrea la nulidad absoluta de lo actuado, pues constituye violación a un presupuesto esencial del acto procesal (artículo 206 del Código de Procedimiento Civil)”.⁴⁵ En otras palabras, como la propia Sala Constitucional lo ha argumentado:

“La infracción de la garantía del Juez Natural, plantea el problema de las consecuencias que tiene en la sentencia dictada, la violación del orden público constitucional. Es decir, qué efectos produce en el fallo proferido, constatar que no intervinieron en su formación los jueces predeterminados en la Ley o dictado en un procedimiento en el cual no se siguieron las reglas previstas en la ley, para efectuar la sustitución de los jueces por sus ausencias absolutas, accidentales o temporales.

La respuesta se encuentra en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, en el que se declara que no se considerará *como sentencia ni se ejecutará*, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por la ley. Esta declaración, [...] pone de relieve *que el incumplimiento de la garantía del juez predeterminado en la Ley lo que incluye su legítima constitución, hace inexistente la actividad jurisdiccional, pues sólo puede dictar la sentencia quien tiene en la normativa vigente y de acuerdo a las reglas establecidas en ella la responsabilidad de administrar justicia*.”⁴⁶

Y ese, y no otro, es el vicio que acompaña a la sentencia de condena y encarcelamiento del Alcalde de San Diego, que comentamos, que como la propia Sala Constitucional lo ha argumentado en su doctrina jurisprudencial, simplemente debe considerarse como inexistente.

⁴² Véase TSJ-SC (520) 7-6-2000, Caso: *Mercantil Internacional, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior*, *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 265 y ss.

⁴³ Véase TSJ-SC (144) 24-3-2000, Caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador vs. Decisión Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas*, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 150 y ss.

⁴⁴ Véase TSJ-SC (3167)9-12-2002, Caso: *Interpretación del artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, *Revista de Derecho Público*, N° 89-90/ 91-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 123 y ss.

⁴⁵ Véase CSJ-SPA (332) 04-07-91, *Revista de Derecho Público*, N° 47, 1991, pp. 87-88.

⁴⁶ Véase TSJ-SC (520) 7-6-2000, Caso: *Mercantil Internacional, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior*, *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 265 y ss.

8. *Las violaciones a las garantías del debido proceso: violación al derecho a la doble instancia*

Por último, siguiendo en su fallido intento de justificar lo injustificable en materia de violación de las garantías al debido proceso, la sala Constitucional se refirió al “principio de la doble instancia,” afirmando simplemente que el mismo “al igual que la gran mayoría de los axiomas jurídicos, no son absolutos y encuentran excepciones, inclusive, dentro de la propia Constitución (*vid.*, entre otros, los artículos 335 Constitucional y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).”

Efectivamente, al disponer el artículo 49.1 de la Constitución, que la Sala cita, que “Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley”, establece el parámetro exacto de la posible limitación a dicho derecho constitucional, y es que en la propia Constitución o en la Ley establezcan expresamente la excepción. No otra cosa resulta de la norma, siendo engañosa la referencia que hizo la Sala en su sentencia, a los dos artículos citados, en los cuales habría supuestas excepciones al principio, pues en los mismos lo único que se dice es que las decisiones del Tribunal Supremo no está sujetas a recurso alguno pues no hay tribunal superior al mismo. Ello lo único que implica es que habría una excepción al derecho a la doble instancia, en aquellos casos en los cuales la Constitución o la ley atribuyan expresamente al Tribunal Supremo, o sus Salas, la potestad jurisdiccional de condenar a alguien por algún delito, como los previstos en el artículo 266.3 de la Constitución y en el artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, luego de realizado el correspondiente antejuicio de mérito (A ello incluso se refirió la Sala, citando lo decidido por la Sala Plena en sentencia N° 1684 del 4 de noviembre de 2008).

La forma de evadir esta limitación constitucional, y la garantía constitucional de las personas que ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sentido del derecho de “toda persona declarada culpable de un delito [...] a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior” (art. 14.5); y que la Sala estaba obligada a interpretar conforme al principio de la progresividad como se lo imponía el artículo 19 de la Constitución; de nuevo fue simplemente ignorar que lo que establece el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo es un delito “de acción pública” cuyo juzgamiento correspondía a la “jurisdicción penal,” como ella mismo lo había decidido anteriormente, y convertirlo en una simple “sanción judicial,” “reformando” ilegítimamente el texto de la ley Orgánica.⁴⁷

De allí concluyó la Sala olímpicamente que como “el caso de autos no es penal.” y sólo en los casos penales existe la garantía de la doble instancia, al decidir esto la Sala Constitucional entonces “no existe” un tribunal superior, y por tanto “no existe” el derecho humano garantizado en la Constitución respecto de la Sala, porque supuestamente, “cuando ejerciere su potestad sancionatoria constitucional, como ocurre en este asunto, no vulneraría el principio de la doble instancia”. Y de allí la lapidaria conclusión a la que llegó la Sala Constitucional al barrer de un plumazo el derecho constitucional a la doble instancia, resolviendo que:

“En razón de lo antes expuesto, es absolutamente evidente la imposibilidad constitucional y legal de recurrir de la sanción de la jurisdicción constitucional, que esta Sala debe imponer a los responsables de autos. Así se declara”.

En definitiva, después de todos estos argumentos para justificar lo injustificable, y poner fin a cualquier discusión en la materia, y en virtud de la necesidad que tenía de enjuiciar y encarcelar a dos alcaldes de oposición en un momento particular de crisis política y manifestaciones callejeras, la Sala Constitucional procedió a “reformular” lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo “con criterio vinculante”:

⁴⁷ Por ello, con razón, en la reseña hecha en el diario *El Universal* sobre lo decidido por la Sala Constitucional, el periodista Juan Francisco Alonso, se preguntó: -¿Pero esto no viola las normas básicas del proceso penal, según las cuales un ciudadano debe ser notificado de lo que se le investiga, se le debe garantizar el derecho a la defensa y a que una eventual condena sea revisada por una instancia de alzada? No, según el fallo redactado y firmado por los magistrados Gladys Gutiérrez (presidenta), Francisco Carrasquero, Arcadio Delgado, Luisa Estella Morales, Carmen Zuleta, Marco Tulio Dugarte y Juan José Mendoza, pues el desacato de un amparo no es un delito, sino una infracción judicial y el procedimiento para determinar que uno incurrió en esta infracción no es un juicio. / Asimismo dejaron en claro que el criterio que durante 12 años vinieron manteniendo, según el cual un eventual incumplimiento de un mandato de amparo debía ser analizado por el Ministerio Público para que éste decidiera acusaba o no su presunto ejecutor, es -anacrónica- e -ineficaz-. Véase *El Universal*, Caracas 10 de abril de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140410/sala-constitucional-tambien-puede-enviar-gente-a-la-carcel>

“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.”

¿Qué más se puede decir frente a una decisión tan inconstitucional como voluntarista? Nada más que el juez constitucional en Venezuela perdió la brújula en su misión de ser el máximo intérprete de la Constitución, sobre todo al habérsele olvidado, primero, que sólo está facultada para establecer interpretaciones “vinculantes” respecto de normas y principios constitucionales (art. 335); y segundo, que al establecer una que interpretación vinculante de una norma legal, así ello sea inconstitucional, la misma, al implicar una reforma de la norma, no podría tener nunca efectos retroactivos conforme a la garantía del artículo 24 de la Constitución, que también ignoró la Sala, y sólo se podría aplicar hacia el futuro, respecto de desacatos futuros de mandamientos de amparo.

Pero ello por lo visto tampoco le importa a la Sala Constitucional. Como sus decisiones no pueden ser controladas y no hay nadie que las controle, simplemente puede hacer lo que políticamente le venga en ganas.

9. *La inhabilitación política, la ausencia absoluta, y el cese de funciones públicas y consecuencias*

Por último, la Sala Constitucional en su sentencia, finalizó con unas consideraciones sobre los efectos de la misma al argumentar sobre “la ausencia absoluta, y el cese de funciones públicas y consecuencias” en relación con el Sr. Vincencio Scarano, como Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo a partir de la fecha “en que se celebró la presente audiencia y se dictó el dispositivo de esta sentencia firme.

Para ello, sin embargo, ignorando lo que antes había decidido en el texto de la misma sentencia, hizo caso omiso al hecho de que como si hubiera sido un tribunal penal a(que luego negó), luego de haberle impuesto al Alcalde una “pena principal” (prisión), procedió a aplicarle “las accesorias de ley” conforme al artículo 16 del Código Penal, entre ellas, “la inhabilitación política durante el tiempo de la condena,” pasando a referirse al artículo 24 del Código Penal que establece los efectos de la misma, en el sentido de que “produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos, que tenga el penado y la incapacidad durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio,” aplicando en consecuencia dichos efectos a los señores Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, a partir del día en que emitió el dispositivo de la sentencia, el día 19 de marzo de 2014.

Sin embargo, ignorando que ya había impuesto al Alcalde una “pena accesoria” a una “pena principal” conforme al Código Penal, aplicándole los efectos dispuestos en el mismo, pasó a hacer caso omiso a sus propias consideraciones, y al final de su sentencia se fue a analizar el artículo 87 de la Ley Orgánica de Poder Público Municipal, que se refiere a las ausencias temporales y absolutas de los alcaldes, el cual en esencia para lo que interesa respecto del fallo, se dispone que las “faltas absolutas” sólo pueden ocurrir por “la muerte, la renuncia, la incapacidad física o mental permanente, certificada por una junta médica, por sentencia firme decretada por cualquier tribunal de la República y por revocatoria del mandato,” las dos últimas, conforme a las normas que regulan ambos casos: por un tribunal penal “competente” para dictar la sentencia firme en un proceso penal con las debidas garantías; y conforme al procedimiento de referendo de revocación de mandatos populares que prevé la Constitución. Sólo en esos casos es que puede haber falta absoluta de un alcalde electo, y sólo en esos casos es que se pueden aplicar los efectos de corcovar una nueva elección si la ausencia absoluta se produce antes de cumplir la mitad de su período legal.

En este caso, a pesar de que la sentencia firme haya sido decretada por “el más alto tribunal de la República,” el mismo no tiene competencia para condenar penalmente en única instancia a un Alcalde, e imponerle una pena de prisión y una pena accesoria de inhabilitación política. Solo una sentencia dictada por un tribunal penal competente, antes de que la sala Constitucional modificara la ley con esta sentencia, es que ello podría producir los efectos del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Pero de nuevo, esas minucias del principio de legalidad parecen no importar, cuando se trata de quien decide es

el “máximo intérprete y garante” de la Constitución, así la distorsione. Eso es lo que precisamente implica “contrariar tanto la Constitución como la propia jurisprudencia de la Sala,” como en nuestro criterio ha ocurrido en este caso. Con una sentencia firme sancionatoria dictada usurpando la jurisdicción penal, por más que sea dictada por la Sala Constitucional, simplemente no se puede producir “la materialización jurídica de la falta absoluta del Alcalde del Municipio San Diego del Estado Carabobo,” conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y menos que la misma Sala disponga que en el caso decidido, por cuanto el Alcalde Vincencio Scarano no habría cumplido la mitad de su período legal, entonces “debe procederse a una nueva elección para proclamar al nuevo Alcalde, en la fecha que fije el organismo electoral competente,” lo que casual y coordinadamente fijó el Consejo nacional Electoral el mismo día de publicarse la sentencia, el 9 de abril de 2014.

De paso, la Sala Constitucional, al considerar que, como consecuencia de su inconstitucional decisión, se debía encargar de la Alcaldía el Presidente del Concejo Municipal del Municipio, procedió a “extenderle” al mismo “el amparo cautelar dictado en la presente causa,” blandiendo la “espada de Damocles” de un sumarisísimo enjuiciamiento, condena y encarcelamiento como el ya ocurrido con el Alcalde electo, a juicio de la Sala, cuando aparezcan noticias de prensa que hagan presumir un desacato.

Y por si no fuera poco, finalizó la Sala remitiendo los autos al Ministerio Público, ahora sí, pero para que persiguiera las conductas que pudieran haber vulnerado los intereses tutelados por el Código Penal y otras leyes penales, inclusive en comisión por omisión, y, por lo menos, en grado de co-intervención o co-participación, respecto de:

“los ciudadanos aquí sancionados y a otras personas, por los posibles atentados penalmente relevantes contra el libre tránsito, el medioambiente, el patrimonio público y privado, el orden público, la paz social e, inclusive, los Poderes Públicos, la seguridad de la Nación, la independencia nacional, entre otros que también han podido lesionar o poner en peligro pequeños grupos de personas, en especial ciertos voceros, que en algunos Municipios del país han venido generando hechos de violencia que, en algunos casos, no sólo han vulnerado derechos humanos individuales (incluyendo la vida, entre otros tantos) sino también colectivos, e, inclusive, han generado terror en la población.”

Llegando incluso a afirmar que esos atentados

“probablemente, también han podido provenir, mediante inducción y otras formas de participación criminal, de personas que se han encontrado o se encuentran fuera del espacio geográfico de la República, y que, en algunos casos, la República Bolivariana de Venezuela tiene jurisdicción para su enjuiciamiento, conforme a las reglas de extraterritorialidad de la ley penal venezolana, contempladas en el artículo 4 del Código Penal y en otras normas previstas en otras leyes y normas penales de la República. Así se decide.”

Como se dijo, dos días después de publicada la sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014, revocándole su mandato popular al Alcalde *Vicencio Scarano Spisso*, se publicó la sentencia N° 263 el 11 de abril de 2014, también revocándole el mandato al Alcalde *Daniel Ceballo*, en la cual se la aplicó el criterio “vinculante” sentado en la primera; siendo ambas –ya que tienen igual contenido– un compendio de las masivas violaciones a las garantías del debido proceso y al principio democrático que hemos comentado anteriormente. Todo parece responder a un libreto predeterminado de con un golpe más, continuar demoliendo el Estado de Derecho y la democracia, por lo que no es de extrañar las palabras que dijo el Alcalde Ceballos de San Cristóbal en la propia audiencia ante la Sala Constitucional el 25 de marzo de 2014, en el sentido de que estaba allí “porque no existe estado de derecho y justicia,” y que por tanto, “no esperaba justicia” de esa Sala, diciéndoles a los magistrados que sin embargo “preparado para recibir una sentencia de unos verdugos que están a punto de consumir un Golpe de Estado contra el Pueblo de San Cristóbal.”⁴⁸

Quizás por ello, la pena de prisión que la Sala Constitucional le impuso al Alcalde de San Cristóbal, sin ningún razonamiento en el texto de la sentencia que lo justificara fue mayor a la impuesta al Alcalde de San Diego –lo que le agrega un vicio más–. Quizás fue producto de la reacción mezquina de un cuerpo en el cual ya nadie cree, contra el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento por parte del Alcalde, por haberla ejercido ante los propios magistrados.

⁴⁸ <http://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2014/03/28/alcalde-daniel-ceballos-le-da-hasta-por-la-cedula-a-los-magistrados-del-tsj/>

COMENTARIO FINAL

Y así concluyó esta primera fase de la arremetida de la Sala Constitucional contra el mandato popular de Alcaldes, despojándolos inconstitucionalmente del mismo, mediante una “reforma” de la Ley Orgánica de Amparo, aplicada retroactivamente, con la consecuencia de permitir condenar penalmente a funcionarios, sin debido proceso, en “juicios” sumarísimos, violando todas las garantías del debido proceso, y todo porque el máximo intérprete y garante de la Constitución no tiene quien lo controle.

Por ello, con razón, al conocerse la sentencia, los profesores Alonso Medina, Alberto Arteaga y José Luis Tamayo expresaron, en rueda de prensa transmitida por el canal de internet de *El Nacional*:

“su estupor frente a un acto de la Sala Constitucional que consideran “incalificable”, porque a su ver y entender no respeta ninguna regla constitucional ni derecho a la defensa. Coinciden en señalar que en este día el Tribunal Constitucional abre una nueva etapa en la administración de la justicia en Venezuela al asumir ilegalmente una parodia de juicio penal, sin acusación por delante, actuando como juez de instrucción (no vigente en el ordenamiento jurídico venezolano actual), y dictando una condena que viola flagrantemente normas procesales y el principio de libertad. En este acto sin nombre, indican que se viola todo principio constitucional comenzando (1) por el Principio fundamental de la Competencia, que es de materia de orden público, y pasando por (2) el Principio de Juez Natural; (3) el Principio del Derecho a la Defensa; y (4) el principio del Debido Proceso. Además de que viola completamente el Código Orgánico Procesal Penal”.⁴⁹

⁴⁹ Véase en -La anti justicia-, VenEconomia.com, 10 de abril de 2014, en http://www.veneconomi.com/site/modulos/m_visor.asp?pub=4228

45. NOTAS SOBRE LAS IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN EN PARALELO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO REGULADO EN LA LEY DE DEFENSA PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS A BIENES Y SERVICIOS, Y DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO REGULADO EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN: EL CASO INDUSTRIAS VENOCO

Revista de Derecho Público, N° 139, julio-oct. 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 137-144

Resumen: *El comentario se refiere a una sentencia dictada en un procedimiento contencioso administrativo con motivo de la demanda de nulidad de un decreto de expropiación, el cual en sí mismo no es un procedimiento expropiatorio, ni resuelve cuestiones del mismo.*

Abstract: *This comment refers to a judicial decision issued in a judicial review procedure regarding the nullity of an expropriation decree, which is not an expropriation procedure, and in which no expropriation matters were decided by the court.*

Palabras Clave: *Ilícitos económicos. Protección acceso bienes. Expropiación. Procedimiento sancionatorio.*

Key words: *Economic crimes. Expropriation procedure. Administrative sanctions.*

De acuerdo con la Constitución y con la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, cuya última reforma es de 2002, el procedimiento expropiatorio se puede desarrollar respecto de toda clase de bienes, independientemente de los procedimientos sancionatorios que puede iniciar el Estado, respecto de los bienes de determinados sujetos, por violaciones a las disposiciones establecidas en leyes especiales. Ambos procedimientos pueden desarrollarse en paralelo, en el sentido de que además de sancionar la conducta ilícita de determinados sujetos, el Estado puede decidir expropiar sus bienes, pero cuidando de que cada procedimiento se desarrolle sujeto a su propio marco legal, no pudiendo confundirse ni mezclarse impropriamente los mismos, ni aplicar los instrumentos jurídicos establecidos en las diferentes leyes, para fines distintos.

Un campo en el cual ambos procedimientos –el sancionatorio y el expropiatorio– pueden desarrollarse en paralelo, es el establecido en la legislación dictada para la asegurar protección del derecho de las personas al acceso de bienes y servicios de calidad, contenida en la Ley de Defensa para el acceso de personas a bienes y servicios de 2010.¹ Dicha Ley fue inicialmente sancionada en mayo de 2008, sustituyendo y derogando dos leyes precedentes que fueron, primero: la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, cuya última reforma había sido de 2004, y segundo: la Ley Especial para la Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos sometidos a control de precios de 2007.

Conforme a dicha Ley de Defensa para el acceso, en el ámbito de su regulación y en relación con las actividades que protege se podían desarrollar dos procedimientos paralelos: uno de carácter administrativo, de fiscalización y sanción de ilícitos económicos conforme a la propia Ley, y otro judicial para la expropiación de bienes, conforme a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública social de 2002², a la cual remite la Ley sin establecer normas especiales sobre la materia. Ello mismo se reguló en la Ley Orgánica de Precios

¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.358 de 1 de febrero de 2010

² Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de 2002, en *Gaceta Oficial* N° 37.475 de 1 de Julio de 2002.

Justos³, cuyas disposiciones sustituyeron las de la Ley de Costos y Precios Justos de 2011⁴, la cual, a su vez, sustituyó las normas de la mencionada Ley de Defensa para el acceso de personas a bienes y servicios de 2010.

Esos dos procedimientos que pueden desarrollarse en paralelo, ahora en el marco de la Ley Orgánica de Precios Justos, en efecto, son los siguientes:

En primer lugar, el procedimiento administrativo de fiscalización previsto en dichas leyes, para velar por el cumplimiento de las mismas, en el cual se autoriza al ente respectivo del Estado encargado de la ejecución de dichas leyes, es decir, el anterior Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) y actualmente, la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (Sundose), para en el marco de un procedimiento sancionatorio respecto de ilícitos económicos, poder adoptar medidas preventivas, entre las cuales está la de ocupación y operatividad temporal de los bienes “para garantizar la disposición de los bienes y servicios por parte de la colectividad,”(Ley 2010), y “destinadas a impedir que se continúen quebrantando” las disposiciones legales (Ley 2014).

En segundo lugar, un procedimiento de expropiación previsto en la Ley de Expropiación, que puede iniciarse por el Ejecutivo Nacional para la adquisición por el Estado de los bienes de los sujetos sometidos a los procedimientos sancionatorios en aplicación de las Leyes, cuya ejecución está a cargo, no del Indepabis o del Sundose, sino del ente expropiante que se determine en el Decreto de expropiación, que es el órgano u ente que puede solicitar al juez de expropiación por ejemplo la ocupación previa de los bienes expropiados conforme a las previsiones del artículo 56 de la Ley de Expropiación.

Es decir, en estos casos el ente expropiante es una autoridad ejecutiva distinta al anterior Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) o al actual la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (Sundde), los cuales nunca podrían tener la condición de ente expropiante.

Como se dijo, en este último caso, en paralelo al desarrollo del procedimiento expropiatorio, en el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la anterior Ley de Defensa y Acceso y en la actual Ley Orgánica de Precios Justos, pueden dictarse medidas preventivas siempre que se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos, que pueden durar mientras concluye el primero.

Ahora bien, en contra de las regulaciones de dichos dos procedimientos que deben desarrollarse paralelamente, y que están a cargo de autoridades administrativas diferentes, en la práctica gubernamental de los últimos años, especialmente a partir de la sanción de la Ley de Defensa y Acceso 2010, el Poder Ejecutivo mezclado ilegítimamente dichos procedimientos, y en una evidente desviación de poder en el procedimiento (desviación del procedimiento), ha pretendido sustituir la ineludible necesidad de que la ocupación previa de los bienes expropiados en un juicio de expropiación solo pueda realizarse conforme al artículo 56 de la Ley de Expropiación, previo justiprecio y pago del monto de la indemnización ante el juez competente; por una ocupación temporal pero indefinida regulada para otros fines sancionatorios, en la anterior Ley de Defensa y Acceso, y actualmente la Ley Orgánica de Precios Justos.

Ello ocurrido en múltiples casos, entre ellos, en el caso *Venoco* que dio origen a la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1269 de 17 de septiembre de 2014⁵, dictada con ocasión de la impugnación del decreto de expropiación que se dictó afectando a las instalaciones de las industrias Venoco productora de lubricantes, aceites y liga de frenos, entre otros productos, que es la que motiva estos comentarios.

I. EL DECRETO DE AFECTACIÓN O EXPROPIACIÓN Y SUS VICIOS

En efecto, pocos meses después de sancionarse la reforma de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 7712 de 10 de octubre de 2010⁶, mediante el cual decidió proceder a la expropiación de los bienes de diversas empresas del grupo Venoco para lo que calificó la realización de la obra como de: “Soberanía en la elaboración y suministro de bases lubricantes, lubricantes terminados, aceites dieléctricos, rasas y liga para frenos” (art. 1)

³ Decreto Ley N° 600 de 21 de noviembre de 2013, publicada en *Gaceta Oficial* N° 40.340 de 23 de enero de 2014.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/168815-01269-18914-2014-2011-0328.HTML>.

⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39528 de 11 de octubre de 2010.

Dicho Decreto tuvo como base legal en cuanto a la declaratoria legislativa de utilidad pública o interés social, el artículo 5 de la Ley de Expropiación y el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, que declara la utilidad pública e interés social respecto de los bienes y actividades que regula. En el Decreto de Expropiación, sin embargo, nada se indicó como justificación de la misma, como procedimiento paralelo a los procedimientos sancionatorios, que exigía para proceder a la expropiación la identificación de posibles ilícitos económicos o administrativos que pudieran haber sido cometidos por parte de las empresas afectadas. Ello, de entrada, vició de inmotivación el mencionado decreto de expropiación al invocar el artículo 6 de la Ley de defensa y Acceso, que solo podía aplicarse “cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos” (art. 6), sin indicar nada sobre los ilícitos en los que hubiera podido haber incurrido la parte expropiada.

En el Decreto se designó a la empresa Petróleos de Venezuela S.A. como ente expropiante (art. 2) para realizar el procedimiento expropiatorio (arts. 4 y 5); y finalmente, en su propio texto del Decreto, el Ejecutivo Nacional, sin competencia legal alguna para ello (pues ello solo corresponde al antiguo Indepabis o al Sundde), supuestamente de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso ordenó “la ocupación de los bienes” afectados de expropiación por parte de PDVSA “a los fines de su puesta en operatividad administrativa y aprovechamiento” (art. 6).

Esta decisión contenida en el artículo 6 del Decreto 7712 de octubre de 2010, puede considerarse que estaba viciada de ilegalidad, por varias razones:

En primer lugar, por incompetencia manifiesta en la que incurrió el Presidente de la República al ejercer una competencia como es la de declarar medidas preventivas conforme a la Ley de Defensa y Acceso, que dicha Ley expresamente atribuía a las autoridades del Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis).

Correspondiendo expresamente por ley a esta institución, dictar dichos actos administrativos, no podía el Presidente de la República dictarlos, por más superior jerárquico que era en la Administración Pública. La competencia, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública es de texto expreso, y solo puede ser ejercida por los órganos de la Administración Pública “bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos” de manera que conforme al artículo 26 de dicha Ley, “toda actividad realizada por un órgano o ente manifiestamente incompetente, o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes

El Presidente de la República hubiera podido haber decidido el asunto por avocamiento, pero el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Administración dispone que en todo caso de avocamiento por parte del Presidente de la República, respecto del “conocimiento, sustanciación o decisión de un asunto cuya atribución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados,” solo puede hacerse “cuando razones técnicas, económicas, sociales, jurídicas o de interés público lo hagan necesario” debiendo realizarse ineludiblemente “mediante acto motivado que debe ser notificado a los interesados.”

Nada de esto ocurrió al dictarse el decreto N° 7712 de octubre de 2014 de afectación de los bienes de las industrias Venoco, estando por tanto viciado de incompetencia manifiesta.

Además, en segundo lugar, el acto dictado por el Presidente de la República también estaba viciado de nulidad, por vicio en el procedimiento, pues un acto administrativo estableciendo una medida preventiva como la ocupación temporal conforme al artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, solo podía dictarse una vez abierto un procedimiento administrativo de investigación y sancionatorio por la autoridad competente que era el Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis), cuando se hubieran cometido alguno de los ilícitos económicos o administrativos sancionados en la Ley de Defensa y Acceso. En ninguno de los considerandos del mencionado decreto N° 7712 de octubre de 2010, se hizo referencia alguna a la supuesta comisión de algunos de dichos ilícitos, ni a la apertura de algún procedimiento sancionatorio, aun cuando en el “punto de cuenta” que originó el Decreto, como se reseñó en la sentencia, se hubiera hecho mención incidental a posibles irregularidades.

En tercer lugar, la medida preventiva de ocupación temporal y operatividad prevista en la Ley de Defensa y Acceso sólo podía tener por objeto como lo disponían los artículos 6 y 112,1 de dicha Ley, para “garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad.”

En el caso del decreto N° 7712 de octubre de 2010, sin embargo, la medida fue dictada sólo para la “puesta en operatividad, administración y aprovechamiento” por parte de PDVSA, sin ‘más motivación, lo que no se ajustaba a lo dispuesto en la ley.

II. LA IMPUGNACIÓN POR ILEGALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE AFECTACIÓN O EXPROPIACIÓN, Y EL RECHAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA PARA PROHIBIR AL ESTADO OCUPAR LOS BIENES SIN CUMPLIR CON LO DISPUESTO EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN

La parte expropiada en ese caso, ejerció un recurso contencioso administrativo de nulidad contra el decreto de afectación por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, alegando otras ilegalidades, específicamente por considerar que los bienes afectados destinados a la elaboración de bases lubricantes, lubricantes, terminados aceites dieléctricos, grasas y ligas para freno, no estaban sujetos a la Ley de Defensa y Acceso y, por tanto, no estaban dentro de los declarados como de utilidad pública o interés social en dicha Ley, y que además, tal declaratoria solo se refería a los bienes declarados de primera necesidad.

Junto con la acción de nulidad, los recurrentes solicitaron al Tribunal Supremo, conforme al artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que dictase una medida cautelar de prohibición al Estado de entrar en posesión de los bienes de las empresas afectadas, hasta tanto se articulase el mecanismo legal de la ocupación previa previsto en el artículo 56 de la Ley de Expropiación; solicitando además, mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, la desaplicación del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo se pronunció en relación con la medida cautelar solicitada, mediante sentencia N° 81 de 6 de febrero de 2013⁷, declarándola sin lugar, basándose, preliminarmente, en la consideración de que la declaratoria de utilidad pública en el caso se “presumía” satisfecha conforme a la declaración contenida en el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, pues el mismo se refería a “todo tipo de bienes y no solo los de primera necesidad” considerando la Sala que la regulación de dicha Ley “pareciera que no restringirse a los bienes de primera necesidad.” De todo ello concluyó la Sala que en el caso “preliminarmente no se advierte la violación del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 115 de la Carta Magna”, declarando entonces sin lugar de la medida cautelar solicitada.

Esta sentencia, en todo caso, se observa que no fue dictada en un procedimiento expropiatorio, sino en el procedimiento de un juicio de nulidad contencioso administrativo respecto de un acto administrativo (decreto de expropiación), en la cual en ningún caso se pronunció la Sala sobre el planteamiento esencial que también formularon los recurrentes sobre necesaria aplicación del artículo 56 de la Ley de Expropiación para que se pudiera decretar la ocupación previa de los bienes a expropiar, y por tanto, la improcedencia de que en un procedimiento expropiatorio se pretendiera ocupar los bienes, con base en el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso.

III. LA DECLARATORIA SIN LUGAR DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EJERCIDA CONTRA EL DECRETO DE EXPROPIACIÓN DE LAS INDUSTRIAS VENOCO

La acción principal de nulidad ejercida contra del Decreto N° 7712 de afectación de expropiación de Industrias Venoco, que sus representantes habían intentado en 2011, fue decidida finalmente en el fondo mediante sentencia N° 1269 de 17 de septiembre de 2014⁸, en la cual, la Sala Político Administrativa, en relación con la solicitud de desaplicación del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso por violación del artículo 115 de la Constitución, se refirió únicamente a dicha norma en lo que concierne a la declaratoria de utilidad pública y social que contenía, destacando que con el mismo “lo que pretendió el legislador fue prever que no era necesaria una declaratoria de utilidad pública e interés social posterior a la ya –general y previa– por el instaurada,” y que la misma no se “limita a una categoría de bienes y servicios sino que, en general, comprende aquellos dirigidos a la *satisfacción de las necesidades del colectivo*” (p. 25/44; 26/44), considerando que la adquisición forzosa se aplicaba a los bienes indicados en el decreto, es decir, lubricantes, grasas, aceite de motor y liga de frenos.

Para ello, la Sala destacó que, entre los motivos del Decreto de expropiación, a los efectos de vincular los bienes producidos por industrias Venoco con los regulados en la Ley de Defensa y Acceso, la Sala destacó que el “considerando” del Decreto había dispuesto:

⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00081-6213-2013-2011-0328.HTML>

⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/168815-01269-18914-2014-2011-0328.HTML>.

“Que la disposición oportuna y eficiente de bases lubricantes, lubricantes terminados, aceites dieléctricos, grasas y liga para frenos, es de importancia medular en el mercado interno, en tanto que dicha disposición impacta directamente sobre actividades de distribución de insumos básicos, para la población, transporte público y funcionamiento de buena parte del sector industrial, por lo que es fundamental para el Estado, garantizar en todo momento, una disposición adecuada y con precios justos de estos productos (p. 6/44).

A esos efectos, la Sala Político Administrativa en su sentencia, fue reiterativa en circunscribir el ámbito de aplicación de la Ley *única y exclusivamente a bienes y servicios que tienen relación con la satisfacción de necesidades colectivas o de la colectividad*, tal como también lo destacó en el juicio, el abogado de la República al analizar el Decreto N° 7712 de expropiación y argumentar, como lo resumió la Sala en la sentencia:

“que los bienes afectados por el Decreto impugnado fueron considerados por el Ejecutivo Nacional de importancia medular para el mercado interno ‘en virtud de que los mismos impactan de manera directa sobre actividades de distribución de insumos básicos para la población, transporte público y funcionamiento del sector industrial (...). Resulta imperioso (...) hacer hincapié en lo sensible que son todos los productos a los cuales hace referencia el Decreto, para el bienestar social de la población venezolana en general. Garantizar el abastecimiento normal de dichos productos, es un compromiso del Estado venezolano; ya que en el escenario negado de ausencia de ligas de freno, aceites y/o lubricantes, la repercusión directa sería sobre la colectividad, que vería afectado desde el abastecimiento de productos básicos que son transportados por vehículos que utilizan estos lubricantes, aceites y ligas de frenos, hasta el transporte público y privado’” (p. 15/44)

La Sala también hizo referencia en su sentencia, a la apreciación final que hizo en juicio el abogado de la República, en el sentido de que:

“el Ejecutivo Nacional persigue la ejecución de la obra ‘Soberanía en la Elaboración y Suministros de Bases Lubricantes, Lubricantes Terminados, Aceites Dieléctricos, Grasas y Liga para Frenos’, con el fin de ‘garantizar a todos los venezolanos el oportuno y eficiente suministro y abastecimiento de estos productos, en virtud que los mismos representan ‘la sangre’ de muchos de los procesos que movilizan a un país, léase, transporte público y privado, transporte de alimentos a lo largo y ancho del territorio nacional, industrias, fábricas, etc. La negada ausencia de este tipo de productos, resultaría gravísimo para el normal desenvolvimiento del país, y allí la pertinencia de este Decreto de Afectación de Bienes’”. (p. 17/44)

En la sentencia, en todo caso, la Sala Político Administrativa siguió la misma línea de razonamiento de circunscribir el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa y Acceso por las personas a bienes y servicios *que tienen relación con la satisfacción de necesidades colectivas o “necesidades del colectivo,”* argumentando sucesivamente en cuanto al motivo del Decreto de expropiación de industrias Venoco, estimando que con el mismo:

“el Presidente de la República consideró –en pro del interés general– que la disposición oportuna y eficiente de bases lubricantes, lubricantes terminados, aceites dieléctricos, grasas y liga para frenos era de suma importancia en el mercado interno debido a que impacta directamente sobre la distribución de insumos básicos para la población, transporte público y funcionamiento de parte importante del sector industrial, resultando esencial para el Estado la garantía de una disponibilidad adecuada y con precios justos de los referidos productos, los cuales –a criterio de la Sala– permiten que la población vea satisfecha sus necesidades básicas” (p. 25/44).

La Sala Político Administrativa, en su sentencia, siguió reiterando el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa y Acceso al ámbito de dichos y servicios **destinados a la satisfacción de necesidades colectivas**, al analizar los fundamentos del Decreto de expropiación en el caso de las industrias Venoco, indicando que dicho Decreto consideró que:

1) *“la disposición oportuna y eficiente de bases lubricantes, lubricantes terminados, aceites dieléctricos, grasas y liga para frenos, es de importancia medular en el mercado interno, en tanto que dicha disposición impacta directamente sobre actividades de distribución de insumos básicos, para la población, transporte público y funcionamiento de buena parte del sector industrial, por lo que es fundamental para el Estado, garantizar en todo momento, una disposición adecuada y con precios justos de estos productos” (p. 31/44. También en pp. 33/44 y 37/44)*

Por todo lo anterior, terminó la Sala Político Administrativa su sentencia N° 1269, coincidiendo:

“con el argumento formulado por la sustituta del Procurador General de la República al afirmar, en la oportunidad de la audiencia de juicio, que los bienes objeto de adquisición forzosa ‘representan ‘la sangre’ de muchos de los procesos que movilizan a un país, léase, transporte público y privado, transporte de

alimentos a lo largo y ancho del territorio nacional, industrias, fábricas, etc. La negada ausencia de este tipo de productos, resultaría gravísimo para el normal desenvolvimiento del país, y allí la pertinencia de este Decreto de Afectación de Bienes”. (p. 37/44).

En esta forma, los bienes y servicios producidos por las Plantas Venoco (lubricantes, grasas, motor de vehículos y ligas de freno) objeto del Decreto de expropiación, a juicio del Tribunal Supremo, sin ser de los declarados como bienes de “primera necesidad,” sin embargo sí podían considerarse como bienes necesarios para la satisfacción de necesidades colectivas por estar esencialmente vinculados al transporte de personas y de insumos para la producción de bienes de esa naturaleza.

Además, en la sentencia, refiriéndose en especial al caso de Industrias Venoco, la Sala analizó como fundamento fáctico del Decreto de expropiación, el “Punto de Cuenta” presentado por el Ministro respectivo al Presidente de la República en el cual se hizo referencia a que la empresa tenía “una posición de dominio que la convierte en un Monopolio,” y en el hecho de que a pesar del carácter de esenciales de los productos producidos por la misma, quedaba en manos de una empresa privada “el mando de los precios, así como la realización de prácticas de acaparamiento y especulación, a expensas del suministro de materia prima por parte de Estado a través de PDVSA,” por lo que se recomendaba tomar el control de la empresa (p. 33/44), sugiriéndose sin duda, en el caso, la comisión de ilícitos administrativos.

Solo basado en esto último es que puede entenderse que al declarar sin lugar la acción de nulidad intentada, la Sala haya expresado que al quedar firme el decreto impugnado, entonces “PDVSA “puede tomar posesión inmediata de los bienes objeto de adquisición forzosa de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de defensa y Acceso, aplicable *ratione temporis*, como lo ordenó el aludido Decreto” (p. 43/44).

Para lo cual, a lo largo de su decisión, la Sala dejó bien precisado que el caso sometido a su consideración y decidido en la sentencia, “no era un caso de expropiación o de procedimiento de expropiación,” sino de “adquisición forzosa y ocupación temporal.”

Así, la Sala dijo en su sentencia, *primero*, que en relación con el alegato del recurrente respecto del procedimiento expropiatorio y el artículo 6 de la Ley de defensa y Acceso, que “en el caso de autos no se está en presencia de una expropiación sino frente a una adquisición forzosa y una orden de ocupación de bienes afectados”(p. 25/44); *segundo*, sobre la afectación de los bienes de las empresas Venoco para la producción de lubricantes, grasas, aceites de motor y liga de frenos, la Sala Político Administrativa expresó que “insiste en que la controversia sometida a su conocimiento es una adquisición forzosa y no una expropiación” (p. 26/44); y *tercero*, al considerar que el Decreto de afectación N° 7712 de los bienes de industrias Venoco “de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la ley de Expropiación, en sí no se traduce en el traslado inmediato del derecho de propiedad, sino que es el inicio de un procedimiento complejo regulado por el aludido instrumento legal y –en todo caso- no constituye objeto de la controversia sometida a conocimiento de esta Sala, pues lo que se pretende es la declaratoria de nulidad del decreto que ordenó la adquisición forzosa de los bienes propiedad o en posesión de las sociedades recurrentes” (p. 43/43 y 43/44).

Con todo ello, -y a pesar de lo difuso de la distinción entre “expropiación” y “adquisición forzosa” que esgrimió la Sala Político Administrativa para explicar que no estaba decidiendo en un juicio expropiatorio- lo que resultó claro fue por tanto que la Sala Político Administrativa no tomó decisión alguna en relación con algún supuesto procedimiento expropiatorio, no resolviendo aspecto alguno en relación con la necesidad o no de aplicar en los mismos el artículo 56 de la Ley de Expropiación para la ocupación previa de los bienes expropiados.

Y en cuanto a la referencia que la sentencia contiene sobre el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, sólo tiene relación con la declaratoria de utilidad pública e interés social que se establece en la misma, y tácitamente, en cuanto a la ocupación temporal de bienes que regula dicha norma, que solo podía encontrar justificación con la motivación fáctica del decreto vinculada con ilícitos administrativos y fiscales, sin considerar ni decidir, por supuesto, sobre si dicha ocupación podía sustituir a la ocupación previa regulada en materia de expropiación; y ello, porque como se ha visto, la Sala decidió que no estaba conociendo de un procedimiento expropiatorio.

46. UNA NUEVA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL: EL AMPARO CONTRA ESTADOS EXTRANJEROS Y EL FUERO PRIVILEGIADO DE SU COMPETENCIA A FAVOR DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Revista de Derecho Público, N° 139, julio-oct. 2014,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 2162-173

Resumen: *El comentario se refiere a una sentencia dictada por la Sala Constitucional con ocasión de una acción de amparo intentada contra actuaciones de un Estado Extranjero.*

Abstract: *This comment refers to a judicial decision issued in an Amparo judicial proceeding files before the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal against activities of a foreign State.*

Palabras Clave: *Acción de amparo. Agravante. Estados extranjeros.*

Key words: *Amparo Proceeding. Defendant. Foreign States.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela mediante sentencia N° 973 del 25 de julio de 2014 (Caso: *Hugo Carvajal*),¹ declaró con lugar una acción de amparo constitucional intentada contra el Estado de Aruba, que forma parte del Reino de los Países Bajos, en protección a la libertad personal de un ciudadano venezolano (Hugo Carvajal), quien según la Sala no era un “ciudadano común,” y quien había sido detenido por las autoridades de Aruba el día 23 de julio de 2014, al llegar la Isla.

Aun cuando el ciudadano Carvajal fue liberado por el gobierno del Reino de los Países Bajos tres días después, el día 27 de julio de 2014, declarándolo *persona non grata*, e independiente de las razones policiales por las cuales se lo detuvo y de las razones políticas y económicas por las cuales se lo habría liberado, lo que no es objeto de nuestro análisis, en este caso es importante analizar el contenido de la sentencia de la Sala Constitucional desde el punto de vista del Derecho Constitucional, pues además de estar seguro de que la liberación del detenido no se produjo porque así se lo hubiese “ordenado” un tribunal venezolano al gobierno del Reino de los Países Bajos, se trata de una sentencia única, en la cual se pueden encontrar todos los vicios procesales y sustantivos imaginables juntos.

Con esta sentencia, dictada además con una celeridad nunca antes vista, de horas, que transcurrieron desde que se presentó la acción hasta cuando se publicó la decisión, la Sala Constitucional violó todos los principios más elementales de cualquier jurisdicción y proceso:

Primero, y quizás sin darse cuenta, que es lo más grave, violó el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados que invoco en el propio texto de la sentencia, pues, en definitiva, en ella condenó a un Estado extranjero, como es Aruba, que es un país o entidad política independiente dentro del Reino de los Países Bajos.

Segundo, dictó la sentencia violando el debido proceso, sin haber citado ni oído al presunto agravante, que era el Estado de Aruba, violando el derecho a la defensa que la Constitución que la rige, que es la venezolana, considera como un derecho absoluto en todo estado y grado de un proceso.

Tercero, al asumir la competencia para conocer y decidir un amparo a la libertad personal o *habeas corpus*, violó las normas sobre competencia que en esa materia está reservada a los tribunales de primera instancia en lo penal, cercenando el derecho de los justiciables a la doble instancia y a la defensa, y creando un fuero privilegiado para los “altos funcionarios públicos” en violación del principio de igualdad.

¹ Véase el texto de la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/167284-937-25714-2014-14-0770.HTML>

Cuarto, dictó la sentencia sin actividad probatoria alguna, basándose en supuestos hechos públicos, notorios y comunicacionales que ni siquiera habían sido “publicados” en la prensa, porque simplemente no pudo haber tiempo para su generación, al haber ocurrido los hechos unas horas antes de la emisión del fallo.

Quinto, estableció en su sentencia una nueva clase de ciudadanos privilegiados, distintos a los “ciudadanos comunes,” en abierta violación al derecho constitucional a la igualdad y no discriminación.

Con todas estas violaciones, lo que sin duda hubiera sido más complicado en el futuro para la Sala Constitucional, habría sido la respuesta a la situación que se pudiera haberse originado si el Estado de Aruba no hubiese liberado por orden del gobierno de La Haya al Sr. Carvajal, y el amparo decretado hubiese sido “desacatado,” pues ello hubiera exigido determinar qué hubiera tenido que hacer la Sala Constitucional para asegurar la ejecución de su fallo. Como una decisión como la adoptada por la Sala contra el Estado de Aruba debía tramitarse por vía diplomática, y como las relaciones exteriores de Aruba las lleva el Gobierno del Reino de los Países Bajos en La Haya, si el detenido no hubiese sido liberado, en caso de desacato del mandamiento de amparo, quedó para la ciencia ficción poder haber determinado a quién la Sala Constitucional iba a mandar a arrestar: al Primer Ministro de Aruba en Oranjestad, al Primer Ministro de los Países Bajos en La Haya o al propio Rey de los Países Bajos, mediante condena y órdenes de detención en un cuartel en Caracas, como lo hizo recientemente en el caso de los Alcaldes de los Municipios San Cristóbal y San Diego, encarcelados por desacato de un mandamiento de amparo.²

Pero este capítulo ya no habrá forma de verlo, dado que el gobierno del Reino de los Países Bajos decidió liberar al detenido, y no precisamente porque la Sala Constitucional de Venezuela se lo hubiese “ordenado.”

Ahora bien, independientemente de la liberación del presunto agraviado dejó sin efectos la sentencia dictada por la Sala Constitucional, la misma quedó en los anales de la jurisprudencia constitucional, por las violaciones en las cuales incurrió la Sala, que deben analizarse.

I. UN AMPARO CONTRA UN ESTADO EXTRANJERO

La solicitud de amparo constitucional a la libertad personal (*habeas corpus*) a favor del ciudadano Hugo Carvajal, detenido por las autoridades de Aruba el 23 de julio de 2014, y que originó la sentencia, fue presentada ante la Sala Constitucional el 25 de julio de 2014, por el ciudadano Hugo Armando Carvajal Segovia, “contra la detención ilegal y arbitraria por parte de Aruba (país autónomo insular del Reino de los Países Bajos), del ciudadano Hugo Armando Carvajal Barrios, quien arribó a dicho país como funcionario diplomático del Estado Venezolano,” con el petitorio específico de que “se ordene la inmediata libertad del sujeto en razón al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Sobre esa detención, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela había publicado con fecha del día anterior, 24 de julio de 2014, un Comunicado informando que el Gobierno había rechazado “*enérgicamente la detención ilegal y arbitraria del funcionario diplomático venezolano, portador de pasaporte que lo acredita como tal; Hugo Armando Carvajal Barrios, llevada a cabo en la isla de Aruba por parte de autoridades holandesas, que han actuado en violación de la normativa internacional vigente, en particular, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, reconocida por ambos Estados*”.³ Lo cierto, en todo caso, es que no se trataba de un funcionario diplomático, sino de un funcionario consular, y por tanto la Convención que se le podía aplicar era la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y no la que regula las Convenciones Diplomáticas como erradamente indicó la Cancillería.⁴

En todo caso, en cuanto al petitorio de la acción de amparo intentada en protección del presunto agraviado detenido, el mismo fue precisado y ampliado en el texto de la demanda, solicitándose de la Sala Constitucional que:

² Véase las sentencias de abril de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML> (también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014) y en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML>

³ Véase en <http://www.mre.gov.ve/index.php?option=comcontent&view=article&id=36946:2014-07-24-16-16-50&catid=3:comunicados&Itemid=108>

⁴ Véase lo expuesto por José Ignacio Hernández -Hugo Carvajal había sido nombrado Cónsul. ¿Es legal su detención?-, en *Prodavinci*, 24 de Julio de 2014 en <http://prodavinci.com/blogs/hugo-carvajal-habia-sido-nombrado-consul-es-legal-su-detencion-por-jose-ignacio-hernandez/>

“1.- Determine y declare la titularidad de la inmunidad y privilegios inherentes a su condición de Cónsul, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención de Viena y demás Tratados internacionales.

2.- Se ordene sea puesto en libertad de inmediato y enviado de retorno a su país de origen.

3.- Se requiera en virtud del principio de Cooperación Judicial Internacional entre Órganos Jurisdiccionales de los Estados y en ejecución de los Tratados aplicables a los Tribunales, Cortes y demás Órganos Jurisdiccionales de Aruba y el Reino de los Países Bajos, la debida cooperación para que se materialice el mandamiento de Habeas Corpus.

4.- Se ordene al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, a los fines que realice las gestiones y rogatorias pertinentes para lograr por vía diplomática el cumplimiento de las obligaciones inherentes a las Convenciones y Acuerdos válidamente suscritos entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Aruba y el Reino de los Países Bajos.”

La Sala Constitucional, en su sentencia, concluyó declarando “procedente *in limine Litis* la solicitud de amparo,” lo que repitió en la parte “dispositiva” del fallo al declarar “PROCEDENTE IN *LIMINE LITIS* la presente solicitud.” Declarar “procedente” una solicitud, en el lenguaje procesal significa declarar “con lugar” “la solicitud de amparo” o “la presente solicitud,” que no es otra que la que formuló el solicitante de amparo. Conforme a su propio texto, antes transcrito, la Sala Constitucional no hizo entonces otra cosa que, en definitiva, *acordar en todas sus partes lo que le había sido solicitado*, con lo cual “administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley”, *primero*, determinó y declaró, sin actividad probatoria alguna, “la titularidad de la inmunidad y privilegios inherentes a su condición de Cónsul,” del detenido y amparado; *segundo*, ordenó al Estado de Aruba que el detenido y amparado fuera “puesto en libertad de inmediato y enviado de retorno a su país de origen,” *tercero*, requirió de “los Tribunales, Cortes y demás Órganos Jurisdiccionales de Aruba y el Reino de los Países Bajos, la debida cooperación para que se materialice el mandamiento de *Habeas Corpus*”; y *cuarto*, ordenó al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de Venezuela, que “realice las gestiones y rogatorias pertinentes para lograr por vía diplomática el cumplimiento de las obligaciones” establecidas en las Convenciones y Acuerdos suscritos “con el Gobierno de Aruba y el Reino de los Países Bajos.”

Además de este contenido del mandamiento de amparo que la Sala Constitucional expidió tan diligentemente, adicionalmente incluyó como parte del amparo otorgado, y que fue pronunciado como “*consecuencia*” de las ordenes anteriores, una “exhortación” al Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República, “a continuar las acciones tendentes a exigir a las autoridades de Aruba que procedan a la inmediata observancia y aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, demás Tratados e Instrumentos Internacionales aplicables al servicio exterior”.

De este contenido del mandamiento de amparo antes indicado, lo que destaca de bulto es que se dictó en un “proceso” que fue instaurado en Venezuela, ante un tribunal venezolano como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que es el máximo intérprete y garante de la Constitución, contra actos ocurridos en el extranjero, en Aruba específicamente, cometidos por las autoridades de dicha Isla, que es un Estado independiente que forma parte del Reino de los Países Bajos. Como lo observó José Ignacio Hernández, en la demanda de amparo intentada, “Aun cuando la Sala Constitucional no quiso reconocerlo expresamente el único que podía ser demandado en este caso era el Reino de Holanda, cuyas autoridades acordaron la privación de libertad de Carvajal”.⁵ Sobre ello, el profesor Héctor Faúndez fue concluyente en indicar que el Tribunal Supremo “solo tiene competencias dentro del territorio nacional” y no puede “emitir un amparo contra una decisión adoptada por autoridades extranjeras en el extranjero,” al igual que el profesor Carlos Ayala Corao quien expresó que “Los tribunales venezolanos tienen facultad para conocer de abusos contra venezolanos cometidos en el territorio, pero no pueden ejercer jurisdicción sobre otro Estado, porque no son tribunales internacionales ni ejercen jurisdicción universal porque Venezuela no la ha reconocido”.⁶

⁵ Véase José Ignacio Hernández, -¿Y porqué la Sala Constitucional protegió al general Carvajal?-, en *Prodavinci*, 26 de julio de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/y-por-que-la-sala-constitucional-protegio-al-general-carvajal-por-jose-ignacio-hernandez/>

⁶ Véase en el reportaje -Juristas: TSJ no tiene facultad para juzgar actos de otros países. Faúndez y Ayala afirman que la Sala Constitucional erró en el caso Carvajal,- de Juan Francisco Alonso, *El Universal*, 27 de julio de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140727/juristas-tsj-no-tiene-facultad-para-juzgar-actos-de-otros-paises>

Con su sentencia, por tanto, la Sala se le olvidó, o no advirtió, que estaba violando el principio universal de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, conforme al cual un Estado no puede ser juzgado por los tribunales de otro Estado, salvo en los casos en los cuales dicho Estado haya aceptado y consentido someterse a la jurisdicción de dichos tribunales de otro Estado, el cual está regulado en el artículo 5 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*⁷, al precisar que, “*todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención*”,⁸ salvo cuando haya consentimiento expreso del Estado.⁹ Principio que, por lo demás, paradójicamente, fue invocado por la propia Sala en los fundamentos de su sentencia al indicar que ella, la Sala Constitucional, “*ha reconocido que la inmunidad de jurisdicción de los Estados constituye un principio universal de Derecho Internacional Público*”. En este caso, sin embargo, a lo que se refirió la sentencia de la Sala Constitucional fue la inmunidad jurisdiccional de un funcionario consular, la cual conforme al artículo 43.1 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* implica que “los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor,” pero exclusivamente “por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares,” y que conforme al artículo 41.1 de la misma Convención garantiza que “los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente.”

Sin embargo, fue precisamente ese principio el que primero violó la Sala Constitucional al condenar mediante una sentencia de amparo al Estado de Aruba, país que es parte del Reino de los Países Bajos, ordenando a dicho Estado a cumplir una serie de mandamientos de amparo que sólo los tribunales de ese Estado podrían emitir contra dicho Estado.

La falta de claridad de la sentencia, o la ambigüedad de su dispositivo de declarar con lugar o “procedente” la solicitud de amparo formulada por el solicitante en la cual se pide que se ordene al Estado de Aruba la liberación del presunto agraviado detenido, pero sólo exhortando al Estado Venezolano que gestione la liberación, llevó a José Ignacio Hernández a expresar que “Quizás la Sala Constitucional no dictó una sentencia contra los Tribunales y autoridades del Reino de Holanda pues sabía que no podía hacerlo.”¹⁰

II. UN AMPARO EMITIDO (IN LIMINE LITIS) EN VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA

El mandamiento de amparo emitido por la Sala Constitucional, además, se dictó en flagrante violación al derecho al debido proceso y a la defensa garantizados en la Constitución de 1999 (art. 49) y en el *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos* (art. 8.b), el cual también invocó la Sala Constitucional en su sentencia (no invocó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* porque a requerimiento de la propia Sala Constitucional formulado en 2003 y 2008, fue denunciada en 2012)¹¹, al haberse emitido, como

⁷ Véase sobre esto, Mariano T. se Alba Uribe, -Hugo Carvajal y el derecho internacional: Explicación sencilla- en *Juris Novus, Análisis del Acontecer Mundial*, July, 24, 2014, en <http://jurisnovus.blogspot.com/2014/07/hugo-carvajal-y-el-derecho.html>

⁸ El artículo 6 de la Convención dispone entre los modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado, los siguientes -1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo. 2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: a) es mencionado como parte en el proceso; o b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.-

⁹ El artículo 7 de la Convención sobre el tema del -consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción- establece que: -1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.-

¹⁰ Véase José Ignacio Hernández, -¿Porqué la Sala Constitucional protegió al general Carvajal?-, en *Prodavinci*, 26 de julio de 2014, <http://prodavinci.com/blogs/y-por-que-la-sala-constitucional-protegio-al-general-carvajal-por-jose-ignacio-herandez/>

¹¹ Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 en el caso *Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, que más bien debió denominarse *Estado de Venezuela vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>; y sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*), en en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

lo dijo la Sala, *in limine litis*, es decir, de entrada al iniciarse el procedimiento luego de formulada la solicitud de amparo, sin citar ni oír a la parte contra quien se dirigió la solicitud, específicamente, el Estado de Aruba, como entidad independiente dentro del Reino de los Países Bajos, el cual resultó condenado por un tribunal venezolano sin siquiera haber sido citado ni oído.

El derecho al debido proceso, al decir de la propia Sala Constitucional, es una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho”,¹² que implica que todo proceso debe reunir “las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”,¹³ entre las cuales están: “el 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”.¹⁴

Pero en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa (art. 49.1, Constitución), la misma Sala Constitucional lo ha considerado como un derecho constitucional “absoluto”, e “inviolable” en todo estado y grado de la causa, “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”.¹⁵ Por ello, la Sala de Casación Civil, lo ha calificado como “el sagrado derecho a la defensa” y como “principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa”.¹⁶ Por todo lo anterior, también, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reafirmado 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*.¹⁷

Estos principios rigen, por supuesto en materia de amparo, al punto de que específicamente en relación con los procesos de amparo, la Jurisdicción Constitucional en Venezuela anuló la previsión que se había incluido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, que autorizaba precisamente al juez de amparo para adoptar mandamientos de amparo *in limine litis*. La nulidad de dicha norma fue pronunciada por sentencia dictada por la antigua Corte Suprema el 21 de mayo de 1996¹⁸, precisamente por considerar que violaba la garantía del derecho a la defensa establecida en la Constitución, que ahora, la Sala Constitucional ha violado abiertamente, condenando al Estado de Aruba en un proceso, sin haber citarlo ni oído a sus representantes.

¹² Véase sentencia N° 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.

¹³ Véase sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 148

¹⁴ Véase 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*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-86/87-88 (Enero-Diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 90.

¹⁵ Así lo estableció la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*), en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72 (Julio-Diciembre) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, p. 158.

¹⁶ Véase sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995 (Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*), en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12

¹⁷ Véase 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*), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, EJV, Caracas, 2000.

¹⁸ Véase en *Gaceta Oficial Extra* N° 5071 de 29-5-1996.

III. UN AMPARO DICTADO POR UN TRIBUNAL INCOMPETENTE, CERCENANDO EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y CREANDO UN FUERO PRIVILEGIADO PARA CIERTA CATEGORÍA DE PERSONAS

Si algún tribunal venezolano hubiese sido competente para conocer de un amparo ejercido contra un Estado extranjero, lo que en ningún caso es admisible, dicho tribunal solo hubiera podido haber sido el tribunal competente de acuerdo con el artículo 40 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que atribuye la competencia para conocer de las acciones de amparo en protección de la libertad personal, o *habeas corpus*, en forma exclusiva, a los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal.

La Sala Constitucional en el supuesto negado que algún juez en Venezuela hubiese podido tener competencia para conocer de una acción de amparo interpuesta contra un Estado extranjero, en ningún caso podía arrogarse una competencia que no tiene, usurpando las de los tribunales penales; y que no derivaba de la condición de Cónsul General que se atribuía al supuesto agraviado.

En el régimen venezolano del proceso de amparo, en efecto, la condición del presunto agraviado en ningún caso modifica la competencia de los tribunales para conocer de las acciones de amparo, siendo en cambio la condición del presunto agravante la única que podría modificar dicha competencia como resulta del artículo 8º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que le asigna competencia a las salas del Tribunal Supremo para conocer en única instancia de procesos de amparo intentados “contra los hechos, actos u omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República.”

Por tanto, la Sala Constitucional además de carecer de competencia para conocer de acciones de amparo contra Estados Extranjeros, en este caso, además, carecía de competencia por razón de la materia para resolver una acción de amparo a la libertad personal, pues de acuerdo con la ley que regula el amparo, sólo los tribunales de primera instancia penal pueden ejercer esa competencia.

Sin embargo, la Sala Constitucional se arrogó ilegalmente la competencia para conocer de este caso, argumentando simplemente que ella resultaba competente por tratarse de un amparo intentado “*a favor de un alto funcionario de la República*”, por violación de sus derechos fundamentales, por parte de un Estado integrante de la Comunidad Internacional, dada la alta investidura y función que ostenta el sujeto agraviado que requiere la tutela constitucional por parte de esta máxima instancia judicial, y atendiendo al sujeto señalado como agravante”.

Con esta decisión, ilegal desde su médula, la Sala además sentó un precedente inadmisibles pues creó a favor de ciertas personas un “privilegio” que ninguna ley contempla de ser juzgados en su carácter de presunto agraviado por el máximo tribunal de la República, en única instancia.

Con ello, además, la Sala Constitucional cercenó el derecho constitucional a la doble instancia, que la misma Sala ha reconocido como derecho constitucional derivado del derecho a la defensa, violando además el principio de la igualdad en franca discriminación respecto de los “ciudadanos comunes.”

IV. UN AMPARO EMITIDO SIN ACTIVIDAD PROBATORIA ALGUNA

La fundamentación básica contenida en la acción de amparo que se intentó y que es la motivación de la decisión de amparo contra el Estado de Aruba, fue que el presunto agraviado tenía la condición de Cónsul General de Venezuela en Aruba, y, por tanto, tenía derecho a la inmunidad y prerrogativas diplomáticas establecidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El solicitante alegó que el señor Hugo Carvajal había sido nombrado como tal Cónsul en enero de 2014, indicando que el nombramiento había sido informado al mes siguiente por el Consulado de Venezuela al gobierno de Aruba, y que este “no había negado el exequátur, por lo cual el ciudadano Hugo Carvajal se encontraba provisionalmente en uso de sus funciones, y consecuentemente amparado por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, porque según el solicitante “es posible admitir provisionalmente a funcionarios consulares de manera tácita,” lo cual sería entonces el caso del presunto agraviado.

La Sala para decidir, no realizó actividad probatoria alguna, y sólo indicó que se basaba en un “hecho público, notorio y comunicacional, tanto nacional como internacional, acreditado en autos con ejemplares de prensa por la parte solicitante,” destacando entre otros hechos que la detención del Sr. Carvajal efectuada en Aruba se había producido “en la persona de un funcionario consular venezolano activo, no solo con posterioridad a su designación, sino incluso estando el Gobierno de Aruba en conocimiento de que el

Cónsul General, jefe titular de la misión, Hugo Armando Carvajal Barrios, inició sus funciones consulares en fecha 07 de febrero de 2014, en virtud de la notificación que le efectuó el 10 de febrero de 2014, el Consulado General de Venezuela en Aruba al departamento de relaciones exteriores de Aruba.”

La Sala Constitucional, entonces, sin prueba alguna, y sólo con base en el supuesto “hecho público y notorio comunicacional”,¹⁹ pasó a “condenar del modo más enérgico la restricción de la libertad de la cual ha sido víctima el funcionario del servicio exterior de más alto rango que cumple funciones en Aruba”. Luego pasó la Sala a transcribir *in extenso* varios artículos de la *Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares*, relativos a los derechos y prerrogativas de los cónsules, pero sin referirse al artículo 12 de la Convención que establece que: “El jefe de oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequátur, cualquiera que sea la forma de esa autorización;” ni al artículo 13 que establece que “Hasta que se le conceda el exequátur, el jefe de oficina consular podrá ser admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones. En este caso le serán aplicables las disposiciones de la presente Convención”, aun cuando en este último caso, “el jefe de oficina consular no podrá iniciar sus funciones antes de haber recibido el exequátur” (art. 12.3).

Al margen de dichas normas, que no fueron consideradas ni citadas en la sentencia, y que fueron las determinantes para la liberación final del presunto agraviado por parte del gobierno de los Países Bajos, la Sala Constitucional afirmó que el “sistema de privilegios e inmunidades” que establece la Convención, “rige desde el momento en que los funcionarios del servicio exterior entren en el territorio del Estado receptor, para tomar posesión de su cargo, o si se encuentran ya en ese territorio, desde el momento en que asuman sus funciones en la oficina consular, tal como ocurrió con el Cónsul General de la República Bolivariana de Venezuela en Aruba.”

Esta posición no fue compartida por el juez que conoció el asunto en Aruba, quien el mismo día de la sentencia de la Sala Constitucional, decidió que en el caso “no había inmunidad diplomática,”²⁰ pues en el caso, el Reino de los Países Bajos que maneja las relaciones exteriores de Aruba no había otorgado el exequátur. Sin embargo, dos días después, el 27 de julio de 2014, el gobierno del Reino de los Países Bajos tomó la decisión de liberar al detenido reconociendo, en contrario, que sí gozaba de inmunidad diplomática,

¹⁹ Debe recordarse que de acuerdo con la propia decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia *Nº 98 de 15 de marzo de 2000 (Caso: Coronel Oscar Silva Hernández)* tales hechos públicos, notorios y comunicacionales, que no requieren prueba, deben ser sólo aquellos que -ocupan un espacio reiterado en los medios de comunicación social,- admitiéndose que -puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.- Debe tratarse de la publicación coetánea por varios medios para que -el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el mundo conocer el hecho o tener acceso a tal conocimiento,- por lo cual la Sala Constitucional precisó las características que individualizan al hecho público, notorio y comunicacional que -crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador,- cuando aparecen los siguientes -caracteres confluentes:- 1. *Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia;* 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que *el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación;* y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta- (destacado añadido). Conforme a esto, un suceso como un terremoto, genera de inmediato un hecho público, notorio y comunicacional, pero no las opiniones sobre su causa. La detención de un alto funcionario público, como la del Sr. Carvajal también puede originar un hecho público, notorio y comunicacional, pero no los elementos que provocaron la detención que, al contrario, requerirían de prueba. Véase la sentencia en *Revista de Derecho Público*, Nº 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005. Véase sobre esa sentencia: Allan R. Brewer-Carías, Consideraciones sobre el ‘hecho comunicacional’ como especie del ‘hecho notorio’ en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo,- en *Revista de Derecho Público*, Nº 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232; y -Sobre el llamado ‘hecho comunicacional’ como fundamento de una acusación penal-, en *Temas de Derecho Penal Económico, Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez* (Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas), Fondo Editorial AVDT, Obras colectivas OC, Nº 2, Caracas 2007, pp. 787-816.

²⁰ Véase el reportaje: -The judge said our arrest of Mr. Carvajal was legal, that there is no diplomatic immunity in this case,- Aruba's chief prosecutor, Peter Blanken, said late Friday, after the ruling was made. -Mr. Carvajal will remain behind bars here until he is extradited to the U.S.- Véase en -Immunity Denied for Venezuelan Official Arrested in Drug Case. Hugo Carvajal, Former Chief of Venezuela's Military Intelligence, Was Detained in Aruba at Request of U.S.,- by Dan Molonski, Wall Street Journal, July 25, 2014; en <http://online.wsj.com/articles/venezuelan-arrested-in-drug-trafficking-case-to-claim-diplomatic-immunity-1406315275>.

ordenando a la vez su expulsión de Aruba, al declararlo “*persona non grata*.”²¹ La decisión del Gobierno del Reino de los Países Bajos, según se indicó en el Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores del mismo que fue leído por el Canciller de Venezuela el domingo 27 de julio de 2014, motivó el cambio de criterio en el contenido del antes mencionado artículo 13 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que no había sido considerado hasta ese momento, que se refiere a la “Admisión Provisional del Jefe de Oficina Consular” y establece que “Hasta que se le conceda el exequátur, el jefe de oficina consular podrá ser admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones. En este caso le serán aplicables las disposiciones de la presente Convención.” Con base en esa norma, el Comunicado leído indicó que:

“En virtud del artículo 13 del convenio consular y en espera de la concepción de la acreditación, el jefe de una misión consular puede ser admitido provisionalmente para ejercer sus funciones. En ese caso son aplicadas las disposiciones del Convenio consular. Con base en este artículo el reino reconoce que las disposiciones del convenio consular se aplican a señor Carvajal Barrios. Esto significa que la detención del 23 de julio fue una violación de la inmunidad.”²²

En la Isla de Aruba por su parte Fiscal Jefe, Peter Blanken, si bien unos días antes había indicado que el Sr. Carvajal no tenía inmunidad diplomática, y que permanecería detenido mientras Estados Unidos adelantaba el procedimiento de extradición; expresó que las autoridades del Reino de los Países Bajos, del cual Aruba forma parte, decidieron en contra de lo resuelto por las autoridades judiciales de la Isla, como fue explicado por el Ministro de Relaciones Exteriores en La Haya. Agregó el Sr. Blanken que: “Hay un nuevo punto de vista de Relaciones Exteriores de Holanda. Relaciones Exteriores no es una competencia de Aruba, sino de Holanda. Ellos cambiaron su criterio,” agregando que “al Sr. Carvajal no le será permitido volver a Aruba. Él es *persona non grata*.”²³

V. UN AMPARO EMITIDO CREANDO UNA NUEVA CLASE DE CIUDADANO DISTINTO AL “CIUDADANO COMÚN”

Por último, debe destacarse de la sentencia, su carácter discriminatorio, no sólo al crear, como antes se dijo, una nueva categoría de ciudadanos privilegiados en materia de juicios de amparo, que son los llamados “altos funcionarios del Estado” a quienes la Sala Constitucional les reconoció el privilegio o derecho exclusivo de intentar acciones de amparo ante el Tribunal Supremo, como un fuero especial, cercenándole en esta forma a los demandados, como presuntos agraviantes, el derecho a la doble instancia y a la defensa; sino otra categoría nueva de ciudadanos, los mismos “altos funcionarios públicos,” que habrían pasado a ser ciudadanos “de primera,” distintos a los “ciudadanos comunes.”

En la motiva de la sentencia, en efecto, al referirse al caso del Sr. Carvajal, la Sala Constitucional observó “que, en el caso de autos, se ha planteado que el aludido Cónsul General se encuentra *siendo tratado por parte de las autoridades de Aruba, como un ciudadano común*, desconociéndole el carácter conferido por el Estado Venezolano, debidamente designado como parte del cuerpo del servicio exterior de la República.”

²¹ Véase el reportaje: -Aruba Releases Venezuelan Diplomat Sought by US,- By Joshua Goodman and David McFadden Associated, ABC News, Bogotá Jul 27, 2014, donde se informa que: -at a hastily called news conference in Aruba's capital, the island's justice minister said Carvajal was being let go because Dutch Foreign Minister Frans Timmermans decided Carvajal did have immunity, but also declared him -persona non grata- — a term used by governments to remove foreign diplomats. -The fact is that Mr. Carvajal was granted diplomatic immunity, but he is also considered persona non grata,- Dowers told reporters at the news conference in Oranjestad that was streamed live on the Internet.- Véase en: <http://abcnews.go.com/International/wireStory/venezuela-aruba-free-diplomat-sought-us-24734460>

²² Véase-Reino de los Países Bajos anunció liberación del general Hugo Carvajal,- en panorama, 27 de julio de 2014, en <http://panorama.com.ve/portal/app/push/noticia121404.php>

²³ Véase el reportaje: -Netherlands Says Venezuelan Detained in Aruba Has Immunity. Aruban Authorities Free Former General Wanted by U.S. for Drug Trafficking,- by Juan Forero and Dan Molonski, *The Wall Street Journal*, New York, July 28, 2014, p. A14. Allí se informó lo siguiente: -Ann Angela, a spokeswoman for the prosecutor's office, said the Netherlands, of which Aruba is a part, ruled that Mr. Carvajal had diplomatic immunity. Mr. Carvajal's release was announced at a news conference on the island by Arthur Dowers, the justice minister, and the chief prosecutor, Peter Blanken./ Mr. Blanken last week said Mr. Carvajal didn't have diplomatic immunity, and that he would remain jailed while the U.S. worked on extraditing him to face charges./ But he said officials in the Netherlands overruled judicial authorities on the island, with the foreign minister in The Hague explaining in a letter delivered on Sunday./ -There's a new point of view from foreign affairs in Holland-, Mr. Blanken said. -Foreign affairs is not an Aruba matter, but a Dutch matter. They changed their mind- / Mr. Blanken added that Mr. Carvajal wouldn't be allowed back to Aruba. - He's a persona non grata-. Véase también en: http://online.wsj.com/articles/netherlands-rules-venezuelan-detained-in-aruba-has-diplomatic-immunity-1406505987?mod=_newsreel_1

La Sala Constitucional, al establecer esta nueva clase social, de ciudadanos privilegiados distintos a los “ciudadanos comunes,” simplemente desconoció que el artículo 21 de la Constitución establece el principio absoluto de la igualdad y no discriminación que no admite tratos de favor, ni distinción de categorías de ciudadanos por más funciones públicas que ejerzan. Al contrario, hay que recordarle a la Sala que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin distinción.

En todo caso, e independiente de quién pudo ser la persona detenida en este caso, y del porqué se la detuvo y del porqué se la liberó, que no fue ciertamente por la “orden” dada por la Sala Constitucional, el alto Tribunal de la República dictó una sentencia en la cual dictó un mandamiento de amparo contra un Estado extranjero, por hechos ocurridos en el extranjero, violando el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Para ello, además, violó el debido proceso y el derecho a la defensa de dicho Estado, al no haberlo citado ni oído previamente como presunto agravante; asumió una competencia que es exclusiva de los tribunales de primera instancia en lo penal, violando las normas sobre competencia judicial y el derecho de los justiciables a la doble instancia, creando a favor de los “altos funcionarios públicos” un fuero judicial privilegiado cuando sean accionantes en amparo, en franca violación al derecho a la igualdad; dictó la sentencia sin actividad probatoria alguna, basándose en supuestos hechos públicos, notorios y comunicacionales que no habían podido adquirir siquiera dicho carácter por haber acaecido unas horas antes; y finalmente, estableció en su sentencia una nueva clase de ciudadanos privilegiados, distintos a los “ciudadanos comunes,” en abierta violación al derecho constitucional a la igualdad y no discriminación.

Pero aparte de su contenido con todas estas violaciones, sin embargo, la verdad es que la sentencia no tuvo efecto alguno, y como bien lo apreció el periodista Juan Francisco Alonso al consultar sobre el tema a los profesores Carlos Ayala Corao y Héctor Faúndez, que la misma “no vale más que el papel donde fue impreso;”²⁴ a lo que se agrega lo expresado por el profesor José Ignacio Hernández, en el sentido de que “al final, la sentencia no pasa de ser algo anecdótico que los profesores tendremos en cuenta cuando expliquemos, en clase, el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados.”²⁵

Y nada más. Ese mismo interés académico es el que ha motivado estos comentarios.

²⁴ Véase -Juristas: TSJ no tiene facultad para juzgar actos de otros países. Faúndez y Ayala afirman que la Sala Constitucional erró en el caso Carvajal,- reportaje de Juan Francisco Alonso, *El Universal*, 27 de julio de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140727/juristas-tsj-no-tiene-facultad-para-juzgar-actos-de-otros-paises>

²⁵ Véase José Ignacio Hernández, -¿Porqué la Sala Constitucional protegió al general Carvajal?-, en *Prodavinci*, 26 de julio de 2014, <http://prodavinci.com/blogs/y-por-que-la-sala-constitucional-protegio-al-general-carvajal-por-jose-ignacio-hernandez/>

47. EL GOLPE DE ESTADO DADO EN DICIEMBRE DE 2014, CON LA INCONSTITUCIONAL DESIGNACIÓN DE LAS ALTAS AUTORIDADES DEL PODER PÚBLICO

Revista de Derecho Público, N° 140, oct-dic. 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 495-518

Resumen: *El presente trabajo tiene por objeto comentar las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en diciembre de 2014, mediante las cuales, en violación del principio democrático constitucional que impone la necesidad de la elección de los titulares de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, como elección popular de segundo grado con una mayoría calificada de los miembros de la Asamblea Nacional; permitió la “elección” de los titulares del Poder Ciudadano y del Tribunal Supremo con el voto de una mayoría absoluta de diputados presentes, y procedió a la “elección” de los titulares del Consejo Nacional Electoral.*

Palabras Clave: *Democracia representativa. Elección popular indirecta. Asamblea nacional como cuerpo electoral.*

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the December 2014 rulings of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, through which in violation of the democratic principle established in the Constitution that imposes the need to elect the High Officials of the Citizen, Electoral and Judicial Branches of government, by means of an indirect popular election carried out by the National Assembly with a qualified vote of its Members; allowed the “election” of the head of the Citizen and Judicial Branches by means of a majority of votes, and proceeded to “elect” the members of the National Electoral Council.*

Key words: *Representative Democracy. Popular Indirect Election. National Assembly as electoral body.*

Un golpe de Estado no sólo ocurre cuando un grupo de militares, o de civiles apoyados por militares, asaltan y toman por la fuerza el poder en un Estado, tal como lo recuerda el imaginario político latinoamericano; sino también ocurre, como lo ha destacado el profesor Diego Valadés, cuando “el desconocimiento de la Constitución [se produce] por parte de un órgano constitucionalmente electo;” agregando incluso, como un ejemplo de esa situación, que “un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado”¹.

Y esto fue precisamente lo que sucedió una vez más en Venezuela, en diciembre de 2014, con la inconstitucional “designación” de los titulares de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, efectuada en abierta violación del principio democrático que impone su elección por voto popular indirecto. Con esas designaciones, se usurpó la soberanía popular, quedando sellada la ilegitimidad de origen de dichas “designaciones” y de las actuaciones de dichos Poderes Públicos.

Dicha violación de la Constitución y la consecuente usurpación de la voluntad popular, en efecto, fue cometida en la siguiente forma:

¹ Véase Diego Valadés, *Constitución y democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, p. 35; y Diego Valadés, -La Constitución y el Poder,- en Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, p. 145

Primero, por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador y no como cuerpo elector en segundo grado, como consecuencia de una conspiración en la cual participaron el Presidente de la propia Asamblea Nacional y un grupo de parlamentarios, la Presidenta del Consejo Moral Republicano (Fiscal General de la República) y los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para lograr efectuar la “designación” de los titulares del Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo) por una mayoría simple de votos de diputados, ignorando la mayoría calificada que el principio democrático imponía.

Segundo, por la Asamblea Nacional también actuando como cuerpo legislador y no como cuerpo elector en segundo grado, en la “designación” de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como cabeza del Poder Judicial, también por una mayoría simple de votos de diputados igualmente ignorando la mayoría calificada que el principio democrático imponía.

Y tercero, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como consecuencia de una conspiración en la cual participó el Presidente de la Asamblea Nacional, en la “designación” de los titulares del Poder Electoral (Rectores del Consejo Nacional Electoral), usurpando las funciones de la Asamblea Nacional como cuerpo elector en segundo grado, y por tanto, igualmente violando el principio democrático que imponía una elección de dichos funcionarios por mayoría calificada de los diputados a la Asamblea Nacional.

Lo ocurrido en diciembre de 2014, no fue otra cosa que un golpe de Estado, dado en este caso pues los propios órganos del Estado, al haber designado sin competencia alguna para ello y violando la Constitución, a los más altos funcionarios del Estado del Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo), quienes solo pueden ser “electos” por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo elector de segundo grado, con el voto de una mayoría calificada de los 2/3 de sus integrantes como lo impone la Constitución, en un proceso que exige la activa participación ciudadana, de los diversos sectores de la sociedad, en la nominación de los respectivos candidatos ser considerados por la Asamblea Nacional.

Con estas inconstitucionales designaciones, los órganos de los Poderes Públicos involucrados en ello no hicieron otra cosa que no sea haber seguido la misma línea inconstitucional de golpe de Estado sistemático y continuo que se ha producido en Venezuela desde cuando el Presidente Hugo Chávez, al tomar posesión por primera vez de su cargo el 2 de febrero de 1999, convocó una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución que entonces estaba vigente.²

I. LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO Y LA ELECCIÓN POPULAR (DIRECTA E INDIRECTA) DE TODOS LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DE LOS PODERES DEL ESTADO

Para entender adecuadamente la naturaleza del golpe de Estado que han dado los órganos del Poder Público, debe recordarse el sistema de separación de poderes adoptado en la Constitución de 1999, y el sentido de la previsión del principio democrático establecido en la misma, y que impone, en todos los casos, la necesaria elección popular de los titulares de todos los Poderes Públicos, en algunos casos en primer grado, y en otros en segundo grado; pero siempre elección popular como manifestación de la soberanía del pueblo.

1. La penta división del Poder Público y la elección popular de los altos funcionarios del Estado

Una de las innovaciones de la Constitución venezolana de 1999 fue, sin duda, el establecimiento de una penta división del Poder Público, que quedó dividido en cinco poderes, siendo en tal sentido la única Constitución del mundo en la cual, además de los tres clásicos poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), consagra otros dos poderes adicionales: el Poder Ciudadano integrado por el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo, y el Poder Electoral.

Todos los cinco poderes están regulados en la Constitución en plano de igualdad, con autonomía e independencia entre unos de otros, previéndose, para asegurarla, la legitimidad democrática de origen de los mismos siguiendo el principio democrático establecido en el artículo 6, conforme al cual el gobierno de

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

Venezuela “es y será siempre democrático, participativo y electivo,” lo que exige, precisamente, que todos los titulares de todos los órganos de los poderes públicos deben ser electos popularmente en forma democrática y participativa.

De allí la específica forma de elección prevista en la Constitución para la elección de absolutamente todos los titulares de los poderes públicos, consistente en su elección popular, es decir, por el pueblo, en forma directa en algunos casos, y en forma indirecta en otros, es decir, mediante elecciones de primer y de segundo grado; y todo con el objeto de asegurar que ningún Poder dependa de otro, y pueda haber contrapesos entre ellos.

En el primer caso de elección popular de primer grado, se trata de la elección popular directa por el pueblo, mediante sufragio universal y secreto, prevista para la elección del Presidente de la República (art. 228) y de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 186); y en el segundo caso, de elección popular indirecta, en segundo grado, es la que se realiza en nombre del pueblo, por los diputados a la Asamblea Nacional que son sus representantes electos en forma directa, prevista para la elección de los titulares de los otros Poderes Públicos: de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Poder Judicial) (art. 264, 265); del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (Poder Ciudadano) (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (Poder Electoral) (art. 296).

Ello implica, conforme a las previsiones constitucionales, que todos los titulares de los órganos de los poderes públicos tienen que ser electos popularmente, sea en forma directa o sea indirectamente; de manera que nadie que no sea electo en forma directa por el pueblo puede ejercer el cargo de Presidente de la República o de diputado a la Asamblea Nacional; y nadie que no sea electo indirectamente por el pueblo a través de una mayoría calificada de diputados a la Asamblea Nacional, puede ejercer los altos cargos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial.

En el segundo caso de elección popular indirecta, por tanto, solo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo elector, de segundo grado puede elegir a los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, y ello exclusivamente por la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados a la misma como representantes del pueblo que son.

Entre estas dos formas de elección popular, por supuesto, lo que difiere es la técnica de la elección. En el caso de la elección directa por el pueblo, cada persona o elector vota por el candidato de su preferencia; en cambio que, en la elección indirecta, el cuerpo electoral de segundo grado que es el integrado por los diputados a la Asamblea Nacional, tiene que llegar a un acuerdo para elegir, lo que es propio de la lógica democrática de funcionamiento cuando un grupo político no controla la mayoría calificada de los diputados. En estos casos, por más mayoritario que sea un partido político en la Asamblea, tiene que renunciar a pretensiones hegemónicas y necesariamente tiene que llegar a acuerdos, compromisos o consensos con las diversas fuerzas políticas, de manera que se pueda asegurar la mayoría calificada de los votos para la elección. En democracia, no hay otra forma de realizar una elección indirecta, y en ningún caso, la fuerza política que sea mayoritaria, pero que no controla la mayoría calificada de votos, puede pretender imponer su voluntad individualmente, pues ello sería antidemocrático.

En todo caso, en los supuestos de elección popular indirecta de los titulares de los Poderes Públicos Electoral, Judicial y Ciudadano, los principios constitucionales son precisos para hacer que responda tanto al principio democrático representativo como al principio democrático participativo que derivan del mencionado artículo 6 de la Constitución al exigir que “el gobierno es y será siempre democrático, participativo, electivo.”

2. *La lógica democrática representativa en la elección indirecta*

En cuanto a la lógica democrática representativa que deriva de dicha norma, a los efectos de garantizar la mayor representatividad democrática en la elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Constitución dispone que la misma sólo puede hacerse con el voto de una mayoría calificada de las 2/3 de los diputados que integran la Asamblea Nacional.

Ello está establecido en forma expresa respecto de la elección del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296); y en forma implícita respecto de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia al exigirse dicha votación calificada para su remoción (art. 264, 265).

Con ello, el Constituyente, en lugar de establecer la elección popular directa de dichos altos funcionarios, al regular la elección indirecta sin embargo aseguró una representatividad democrática calificada.

En todo caso, lo importante a destacar de la lógica representativa del principio democrático en estos casos de elección indirecta de los altos funcionarios del Estado, es que la Asamblea Nacional, al efectuar la elección indirecta, no actúa constitucionalmente como cuerpo legislador ordinario o general, sino como cuerpo electoral, al punto que las competencias que le corresponden como tal cuerpo electoral ni siquiera están incluidas entre las competencias generales de la Asamblea Nacional enumeradas en el artículo 187 de la Constitución. Por ello, en el ejercicio de las competencias como cuerpo elector, para la elección en segundo grado de los titulares de los órganos del Poder Público, la Asamblea Nacional no puede actuar sujeta al régimen general de mayorías que se aplican y rigen para su funcionamiento general de la misma actuando como cuerpo legislador, estando en cambio sometida única y exclusivamente al régimen de mayoría calificada que regulan los artículos 264, 265, 279 y 296 de la propia Constitución.

Ahora bien, en cuanto al logro de la mayoría calificada votos de los diputados exigida para la elección indirecta, en una sociedad democrática, cuando un partido político no cuenta con dicha mayoría calificada, la elección de dichos funcionarios tiene que hacerse mediante acuerdos democráticos, para lograr un consenso. Y nada inconstitucional tiene el que dichas mayorías calificadas no se logren de inmediato. Ello lo señaló expresamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*) dictada para precisamente resolver sobre la omisión de la Asamblea Nacional en la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, descartando toda situación de inconstitucionalidad cuando no se logran los acuerdos políticos necesarios, al señalar que:

“el régimen parlamentario, en muchas oportunidades, exige la toma de decisiones por mayorías calificadas y no por mayorías absolutas o simples; y cuando ello sucede (lo que incluso puede ocurrir en el caso de la mayoría simple), si los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos nacionales, estatales o municipales, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes. Desde este ángulo no puede considerarse que existe una omisión constitucional que involucra la responsabilidad de los órganos aludidos en el artículo 336.7 constitucional.”³

3. *La lógica democrática participativa en la elección indirecta*

Por su parte, en cuanto a la lógica democrática participativa en los casos de elección popular indirecta, ello implica, también para garantizar la mayor participación democrática, que la elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, no puede hacerse mediante la sola voluntad de los diputados de la Asamblea Nacional ni siquiera con la mayoría calificada exigida, sino que sólo puede hacerse mediante un procedimiento en el cual se debe asegurar la participación ciudadana, antes de que se efectúe la elección mediante dicha mayoría calificada.

Ello implica que la potestad de elección popular indirecta por parte la Asamblea Nacional está limitada, en el sentido de que sólo puede efectuarse respecto de los candidatos que sean nominados por sendos Comités de Postulaciones, que conforme a la Constitución son: el Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 264, 270),⁴ el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano (art. 279)⁵ y Comité de Postulaciones Electorales (art. 295),⁶ todos los cuales deben estar integrados exclusivamente con “representantes de los diversos sectores de la sociedad;” es decir, con personas provenientes de la sociedad civil, lo que

³ Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela-”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Pro-cesa Constitucional, México 2008, pp. 271-286.

⁴ De acuerdo con el artículo 270, el Comité de Postulaciones Judiciales -estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad.-

⁵ De acuerdo con el artículo 279, el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, -estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.-

⁶ De acuerdo con el artículo 295, el Comité de Postulaciones Electorales -estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad.-

implica que en los mismos no pueden tener cabida personas que sean funcionarios públicos. Por tanto, los diputados a la Asamblea Nacional no podrían formar parte de dichos Comités, siendo inconstitucional su inclusión en los mismos.⁷

Ahora bien, la lógica democrática tanto representativa como participativa en la elección popular indirecta de los titulares de los Poderes Públicos es de tal naturaleza en la Constitución⁸ que, por ejemplo, en cuanto a la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, el artículo 279 dispone que si de la terna de candidatos para cada cargo que presente el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano ante la Asamblea Nacional, ésta, en un lapso no mayor de treinta días continuos, no logra concertar un acuerdo para elegir con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración, entonces, dispone la norma, “el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular.”

Es decir, que, si en el funcionamiento democrático del proceso de selección de los titulares del Poder Ciudadano en la Asamblea Nacional no se logran los acuerdos y consensos para lograr la mayoría calificada necesaria para la elección popular indirecta, en un lapso de 30 días, entonces la elección del titular del órgano del Poder Ciudadano de que se trate solo puede hacerse por elección directa del pueblo.

Nada de lo anteriormente expuesto, sin embargo, se cumplió en diciembre de 2014, y los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, es decir, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo; los Rectores del Consejo Nacional Electoral y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, fueron designados inconstitucionalmente, en unos casos, por una mayoría simple de votos de los diputados presentes en la sesión de la Asamblea Nacional; y en otro caso, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violándose la Constitución, configurándose con ello un golpe de Estado. Para darlo, el Presidente de la Asamblea Nacional y un conjunto de diputados, conspiraron con la Fiscal General de la República, los otros miembros del Consejo Moral Republicano, y con los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en un caso, cometiendo un fraude a la Constitución, y en otro, mutando ilegítimamente su texto.

II. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS TITULARES DEL PODER CIUDADANO Y LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DEL ARTÍCULO 297 DE LA CONSTITUCIÓN

En efecto, con fecha 22 de diciembre de 2014, la Asamblea Nacional, por mayoría simple de voto de diputados, como si estuviese actuado como órgano legislador general, ignorando el status de cuerpo electoral que para ello tenía conforme a la Constitución, designó a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, es decir, al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, en franca violación al artículo 279 de la Constitución, y contra toda la lógica principio democrático representativo y participativo que establece el artículo 6 de la misma.

Dicho artículo 279 de la Constitución, que desarrolla dicho principio democrático, en efecto, dispone que:

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.

⁷ Véase los comentarios sobre la inconstitucional práctica legislativa reguladora de los Comités de Postulaciones integradas, cada uno, con una mayoría de diputados, convirtiéndolas en simples -comisiones parlamentarias ampliadas,- en Allan R. Brewer-Carías, -La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas-, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, Nº 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95

⁸ A ello se agrega, como lo indica María Amparo Grau: la importancia de las funciones de dichos órganos del Poder Ciudadano, que requieren el mayor consenso en su selección, a estos competen atribuciones de control de la legalidad y actuación ética de los funcionarios públicos, control del uso legal y ético del dinero y de los bienes del Estado, la protección de los derechos humanos, la buena marcha de la justicia y la investigación y acción penal. Debe evitarse su dependencia política, de allí el necesario consenso para garantizar que este Poder sea un muro de contención a la arbitrariedad, a la corrupción y a la delincuencia.- Véase en María Amparo Grau, -**Golpe a la Constitución ¡de nuevo!,-** en *El Nacional*, Caracas, 24 de diciembre 2014.

En caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional procederá, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular o la titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente.

Los o las integrantes del Poder Ciudadano serán removidos o removidas por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley.

Para cualquier lector ligeramente informado, en cuanto a la elección indirecta de los titulares del Poder Ciudadano, la norma dice esencialmente lo que expresan las palabras de su propio texto, sin que sea necesaria interpretación alguna. Lo que dice la norma es que la elección de dichos altos funcionarios la hace la Asamblea Nacional “*mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes,*” lo que responde a la lógica constitucional representativa y participativa de la configuración de la Asamblea como cuerpo elector.

Ello implica, *primero*, que para garantizar la máxima representatividad de la elección a que debe realizarse en segundo grado, en representación del pueblo, la Asamblea Nacional debe elegir a los titulares del Poder Ciudadano mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la misma; y *segundo*, que para garantizar la máxima participación ciudadana en la elección, la Asamblea Nacional, para tal efecto, no puede elegir a quien sólo escoja y decida dicha mayoría calificada de diputados, sino sólo puede elegir entre los candidatos que se le propongan en una terna que le debe presentar el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual debe estar integrado por “representantes de diversos sectores de la sociedad.”

La única excepción a esta lógica constitucional democrática representativa y participativa que el texto fundamental le impone a la Asamblea Nacional actuando como tal órgano elector, no se refiere al principio democrático representativo del mismo, sino sólo al principio democrático participativo, al disponer que en caso de no que no se haya podido convocar el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano y, por tanto, aún en ausencia del mecanismo de participación popular que regula la Constitución, la Asamblea Nacional debe proceder como tal órgano elector, “a la designación del titular o la titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente,” por supuesto, únicamente en la forma indicada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, pues dicha lógica democrática representativa no está sujeta a excepción alguna.

Por tanto, no es necesario siquiera ser curioso en leyes, para leer y entender bien lo que la norma dice.

Sin embargo, en un evidente fraude a la Constitución,⁹ y mutando su contenido, todo ejecutado como parte de una conspiración para violarla y cambiarla con violencia institucional; conspiración en la cual participaron el Presidente de la Asamblea Nacional y un grupo de diputados, la Presidenta del Consejo Moral Republicano y sus otros miembros, y los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 22 de diciembre de 2014 la Asamblea Nacional procedió a “designar” al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo sin sujetarse a la mayoría calificada con la cual sólo puede actuar como órgano elector, procediendo a hacerlo con el voto de una mayoría simple de los diputados como si se tratase de una actuación más del órgano legislativo general, violando el principio democrático representativo de la elección popular indirecta de dichos altos funcionarios de los Poderes Públicos establecido en la Constitución.¹⁰

⁹ Lo que no ha sido infrecuente en la conducta de los Poderes Públicos en los últimos tres lustros. Véase, por ejemplo, lo indicado en Allan R. Brewer-Carías: *Reforma constitucional y fraude a la constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; -Reforma Constitucional y fraude a la Constitución: el caso de Venezuela 1999-2009,- en Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (Coordinadores), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Cátedra Estado de Derecho, Editorial Porrúa, México 2010, pp. 421-533; -La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009),- en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 52-61; -El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en -Venezuela mediante la reforma constitucional.- en el libro: *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74.

¹⁰ Como lo observó Sergio Sáez, apenas se adoptó la decisión de la Asamblea Nacional: -Queda en el ambiente el sabor amargo de complicidad entre los poderes. Unos por no cumplir con sus obligaciones ante la evidencia de haber estado acéfala la Contraloría General de la República por tanto tiempo; otros ante la proximidad del vencimiento de los restantes titulares del Consejo Moral Republicano, y haber planteado la imposibilidad que de cumplir con el proceso contemplado

Este fraude constitucional, como lo destacó José Ignacio Hernández, se cometió en “seis actos,”¹¹ que en esencia fueron los siguientes:

Primer acto: El Consejo Moral Republicano, integrado por los titulares de los tres órganos que lo forman (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República y Defensor del Pueblo), en septiembre de 2014, y bajo la presidencia de la Fiscal General de la República, elaboró, conforme al artículo 279 de la Constitución, unas *Normas Relativas para la convocatoria y conformación del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debía ser integrado* “por representantes de diversos sectores de la sociedad,” y cuyos miembros debían haber sido designados por dicho Consejo Moral Republicano. A tal efecto, sus miembros se declararon en sesión permanente.¹²

Segundo acto: A finales de noviembre de 2014, la Presidenta del Consejo Moral Republicana informó públicamente que no había habido “consenso” para designar a los miembros del Comité de Evaluaciones, sin dar explicación de naturaleza alguna, sobre todo cuando en ese momento todos los titulares de dichos órganos eran funcionarios que seguían la línea política del gobierno y de su partido. Nadie, por supuesto, podrá creer jamás que esos altos funcionarios gubernamentales no pudieron ponerse de acuerdo en designar unos miembros de dicho Comité de Evaluaciones.

Tercer acto: La “razón” de no haber llegado a un consenso en el Poder Ciudadano para nombrar los miembros del Comité de Evaluación, fue para dar curso al tercer acto, que consistió en que días después, la Asamblea Nacional, sin competencia alguna para ello, el 2 de diciembre de 2014 designó a los miembros del referido Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano. Sin embargo, ningún órgano del Estado que no sea el Consejo Moral Republicano tiene competencia constitucional alguna para designar dichos miembros del Comité de Postulaciones, por lo que al haber efectuado la Asamblea Nacional la designación de dicho Comité violó el artículo 279 de la Constitución. Si el Consejo Moral Republicano incumple su obligación constitucional de designar a los miembros del Comité, lo que puede hacer la Asamblea es proceder a la elección popular indirecta del titular del órgano, con la mayoría calificada exigida constitucionalmente, y nada más.

Cuarto acto: El Presidente de la Asamblea Nacional, el viernes 19 de diciembre de 2014, declaró públicamente que la Asamblea procedería a designar a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, aun cuando sabía que no tendría posibilidad de reunir los votos de las 2/3 partes de los diputados como lo exigía la Constitución. Para superar ese escollo, sin embargo, lo que hizo el mismo día de su anuncio, fue solicitar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la “interpretación constitucional” del artículo 279 de la Constitución, el cual como se dijo no requiere interpretación, para que ésta “avalara” la posibilidad de la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano por parte de la Asamblea con el voto de solo una mayoría simple, ignorando su status, en esos casos, de órgano elector que sólo puede decidir con una mayoría calificada de las 2/3 partes de sus miembros.

Paralelamente, el Presidente de la Asamblea Nacional procedió a convocar a una sesión de la Asamblea a realizarse al día siguiente sábado 20 de diciembre de 2014. Sin embargo, como seguramente habría constatado que la Sala Constitucional no podía sacar de un día para otro la sentencia que él mismo había solicitada se dictara, dicha sesión convocada para el sábado 20 de diciembre fue entonces estratégicamente diferida para el lunes 22 de diciembre de 2014. Así se le dejaba el tiempo del fin de semana a la Sala Constitucional para que dictara sentencia interpretativa solicitada.

en la Constitución, para salvaguardar la reelección de sus miembros; otro poder al buscar los vericuetos de la Ley para desprenderse de la responsabilidad de verse obligado a escoger los titulares en cumplimiento estricto de la Ley; y, el último, al hacer uso de su capacidad discrecional nuevamente para mutar la Constitución en lugar de interpretarla ajustada al legítimo canon del Derecho Constitucional.- Véase en Sergio Sáez, -Bochorno y desgracia en la Asamblea Nacional,- 23 de diciembre de 2014, en http://www.academia.edu/9879823/Venezuela_Bochorno_y_desgracia_en_la_Asamblea_de_Ing_Sergio_Saez y en <http://www.frentepatriotico.com/inicio/2014/12/24/bochorno-y-desgracia-en-la-asamblea-nacional/>

¹¹ Véase José Ignacio Hernández, -La designación del Poder Ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos;- en *Prodavinci*, 22 de diciembre, 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-hernandez/>

¹² Véase la nota: -Consejo Moral activa conformación del Comité que evaluará postulaciones de aspirantes al Poder Ciudadano,- en <http://www.cmr.gob.ve/index.php/noticia/84-cmr-aspirante>

Quinto acto: La Sala Constitucional, entonces, muy diligentemente y con ponencia conjunta, pudo elaborar la sentencia solicitada entre los días sábado 20 y domingo 21 de diciembre de 2014, la cual fue publicada el lunes 22 de diciembre de 2014, justo antes de que tuviera lugar la sesión de la Asamblea Nacional que se había convocado para “elegir” los titulares de los poderes públicos.

La Sala Constitucional, en dicha sentencia, concluyó en esencia, y por supuesto en forma inconstitucional, que como el segundo párrafo del artículo 279 de la Constitución supuestamente no especificaba cuál debía ser la mayoría que se requería para designar a los representantes del Poder Ciudadano –lo que por supuesto no era necesario pues ya estaba indicado en el primer párrafo de la norma–, entendiendo entonces que esa designación era por la “mitad más uno de los diputados y diputadas presentes en la sesión parlamentaria que corresponda,” ignorando el carácter de órgano elector de segundo grado de la Asamblea Nacional que tiene en esos casos, para poder realizar, en representación del pueblo, una elección popular indirecta.

Sexto acto: En esa forma, la Asamblea Nacional procedió a “designar” a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, y entre ellos, ratificando en la Fiscalía General de la República, a la misma Fiscal General de la República quien como Presidenta del Consejo Moral Republicano “no había logrado” un consenso para designar a los miembros del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, y quien había conspirado con los otros mencionados funcionarios para cambiar con violencia institucional la Constitución. Su nombramiento ilegítimo, fue reincidente, pues también había sido nombrada ilegítimamente en 2007.¹³

La Asamblea Nacional, además, “designó” como Contralor General de la República que el órgano constitucional con la función de controlar en particular a los funcionarios del Poder Ejecutivo, a un funcionario del propio Poder Ejecutivo que en ese momento estaba ejerciendo el cargo de Procurador General de la República, es decir, “designó” Contralor General nada menos que al “abogado del Estado” sujeto a las instrucciones del Poder Ejecutivo. Y como Defensor del Pueblo “designó” a un conocido militante del partido de gobierno, ex Gobernador del uno de los Estados de la República.¹⁴

Como bien lo intuyó José Ignacio Hernández en su análisis del caso, el primer acto de la conspiración estuvo a cargo de la Fiscal General de la República, como Presidenta del Consejo Moral Republicano, al supuestamente “no haber podido” llegar a un “acuerdo” o “consenso” con los otros titulares del Poder Ciudadano (Contralor General y Defensor del Pueblo) para designar los miembros del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano. Con ello, permitió que se abriera la posibilidad del fraude constitucional en la designación de los titulares del Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional, sin la mayoría calificada que exigía su condición de órgano elector, recurriéndose en forma aislada al segundo párrafo del Artículo 279 de la Constitución, y mediante una interpretación constitucional” a la medida,

¹³ Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, -Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007-, en *Revista de Derecho Público*, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 85-88.

¹⁴ Véase el Acuerdo de la Asamblea Nacional en *Gaceta Oficial* N° 40.567 de 22 de diciembre de 2014. Así resumió el periodista Alex Velázquez lo ocurrido en la Asamblea Nacional para justificar la inconstitucional decisión de elegir con mayoría simple de diputados presentes a los titulares del Poder Ciudadano: -El chavismo jugó sus cartas. En las cuatro horas que duró la sesión extraordinaria de ayer, la bancada oficialista de la Asamblea Nacional se garantizó –en contra de lo que señala la Constitución, pero con el visto bueno del TSJ– el control del Poder Ciudadano.[...]. ¿Cómo lo hicieron? Con una explicación engorrosa, el diputado Pedro Carreño dijo que los 110 votos que ordena el artículo 279 de la Constitución solo son necesarios si la selección se hace luego de que el Consejo Moral Republicano instala el Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano. Pero como eso no ocurrió, la carta magna señala que le corresponde a la Asamblea la designación y -no menciona cuántos votos son necesarios- en ese caso. Como le toca al Parlamento, dijo el diputado, se aplica el Reglamento Interior y de Debate, que indica que las decisiones de la Asamblea serán por mayoría absoluta –la mitad más uno de los presentes–, -salvo las que la Constitución o este reglamento especifiquen-. En caso de que quedara alguna duda, el presidente del Parlamento, Diosdado Cabello, sorprendió con un anuncio: acudió el 19 de diciembre al TSJ a pedir -de urgencia- que la Sala Constitucional aclarara cuántos votos son necesarios. -Como no soy abogado, y para que no vengan a decir que soy bruto, fui al TSJ para que explique el proceso de selección del Poder Ciudadano-, dijo. La respuesta fue publicada ayer mismo en la página del máximo tribunal. Reafirmó, exacta, la tesis de Carreño: que como el dictamen recae en la Asamblea porque el Consejo Moral no realizó el proceso, las decisiones -se toman por mayoría absoluta, salvo las que la Constitución o el reglamento especifiquen-. El diputado Stalin González (UNT) aclaró que no son dos procedimientos distintos y que en ambos casos se necesitan las dos terceras partes de los diputados. Se preguntó si el comité nunca se instaló, precisamente, para cometer fraude a la Constitución.-. Véase Alex Vásquez, -Imponen al Poder Ciudadano al margen de la Constitución-, en *El Nacional*, 23 de diciembre de 2014, en http://www.el-nacional.com/politica/Imponen-Poder-Ciudadano-margen-Constitucion_0_542345921.html

proceder así a su elección por mayoría simple. Por ello, el tercer acto de la conspiración estuvo a cargo del Presidente de la Asamblea Nacional al diferir la sesión de la misma prevista para la designación mencionada, y solicitar a la Sala Constitucional dicha “interpretación constitucional” de la norma, con lo que tuvo lugar el quinto acto de la conspiración, esta vez a cargo de los magistrados de la Sala Constitucional, al pronunciarse en sentencia de 22 de diciembre de 2014 en el sentido solicitado, desconocer el status de cuerpo elector de la Asamblea Nacional en estos casos, y materializar el fraude constitucional, permitiendo la elección de los titulares del Poder Ciudadano por mayoría simple de votos de los diputados presentes, como si se tratase de un acto más de un órgano legislador.

De todo esto, José Ignacio Hernández concluyó indicando, con razón, que:

“con esa designación, se materializó el fraude a la Constitución: una mayoría de las 2/3 partes pasó a ser una mayoría “simple” o “absoluta”. La designación de los representantes del Poder Ciudadano por la mayoría simple o absoluta de los integrantes de la Asamblea puede ser calificado técnicamente de “fraude a la Constitución”, pues la violación de la Constitución resulta de una serie de actos que en apariencia son válidos, pero en el fondo implican una clara violación al Artículo 279 de la Constitución, de acuerdo con el cual la designación de los representantes del Poder Ciudadano debe hacerse por la mayoría de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. De hecho, el Artículo 279 constitucional fue modificado, para avalar la designación de los representantes del Poder Ciudadano por mayoría “simple” o “absoluta”.¹⁵

El artífice del fraude constitucional, en todo caso, finalmente fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al dictar la mencionada sentencia que fue la N° 1864 de 22 de diciembre de 2014,¹⁶ en respuesta a la solicitud que le formuló “el ciudadano General de División¹⁷ Diosdado Cabello Rondón, en su condición de Presidente de la Asamblea Nacional” “de interpretación acerca del contenido y alcance del artículo 279 de la Constitución,” alegando dicho peticionante, incorrecta y falsamente, que la:

“Constitución establece claramente dos procedimientos para la designación y cada uno con su metodología. En la primera acepción cuando la Asamblea recibe la terna del comité de postulaciones del Poder Ciudadano, se establecen tres condiciones: a) el lapso para la designación (30 días), b) votación por las (2/3) dos terceras partes y c) de no tenerse dicha votación procede el Poder Electoral al sometimiento de la terna a consulta pública.

Para el segundo procedimiento cuando el Poder Ciudadano no logra conformar el comité de evaluación de postulaciones del Poder Ciudadano, el constituyente impone a la Asamblea Nacional la responsabilidad directa de dicha designación, sin otro requerimiento que el lapso de 30 días. En ese sentido se asume que al no estar expresamente establecida la votación calificada, el procedimiento de designación es por mayoría absoluta, a tenor de lo establecido en el artículo 89 del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional.”

La premisa de la cual partió el mencionado “general de división” para formular su recurso de interpretación es falsa, pues la norma constitucional cuya “interpretación” se buscaba no establece sino un solo procedimiento para que la Asamblea Nacional actuando como cuerpo elector y con un mecanismo de participación ciudadana, elija a los titulares de los mencionados Poderes Públicos, con el voto de las 2/3 partes de sus miembros, siendo la segunda parte del artículo una excepción exclusivamente referida al mecanismo de participación ciudadana previsto, que no afecta el sistema de votación. Por tanto, en realidad, la norma no da origen a “duda compleja” alguna, siendo sencillamente falso el argumento del Presidente de la Asamblea de que primero, “las dos terceras partes solamente son requeridas para el caso, en que se haya

¹⁵ Véase José Ignacio Hernández, -La designación del Poder Ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos;- en *Prodavinci*, 22 de diciembre, 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-herandez/>

¹⁶ La sentencia se publicó inicialmente el 22 de diciembre de 2014 en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>. A los pocos días se montó en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>

¹⁷ Así apareció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia cuando personalmente la consulté el mismo día 22 de diciembre de 2014 (en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>). Posteriormente el texto de la sentencia fue modificado en dicha página web, eliminándose el grado militar de esa persona, y por supuesto, sin que el lector pueda saber en qué otros aspectos el texto de la sentencia pudo haber sido ilegítimamente modificado. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>. Véase sobre esto, lo indicado en la Nota: -Sala Constitucional forjó sentencia que autoriza nombrar autoridades con mayoría simple,- en <https://cloud-1416351791-cache.cdn-cachefront.net/sala-constitucional-forjo-sentencia-que-autoriza-nombrar-autoridades-con-mayoria-simple/#.VJ2Y5U9KGAE.twitter>

convocado al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano,” y segundo de que en caso de que “no se haya convocado al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, entonces procedería la designación de los titulares del mismo por la mayoría absoluta o simple.”

Con estas premisas falsas, y conforme se adujo, se solicitó “con urgencia” a la “docta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, última y máxima intérprete de nuestra Carta Magna,” la interpretación del artículo 279 de la Constitución.

Y efectivamente, la Sala Constitucional, sin mayor argumentación, y sin referirse a la supuesta “duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto del supuesto fáctico” en que se encontraba el militar accionante, actuando además como Presidente de la Asamblea Nacional, muy diligente y sumisamente, durante un fin de semana, hizo lo que aquél le pidió (¿ordenó?). Para ello, consideró que el asunto era de mero derecho, eliminó el derecho de los diputados que tuvieran otra opinión distinta sobre la “interpretación” solicitada y sobre su actuación en el cuerpo elector, a ser oídos y a formular alegatos, en violación del artículo 49 de la Constitución, procediendo a decidir “sin más trámites,” sin tomar en cuenta “los valores y principios axiológicos en los cuales se asienta el Estado Constitucional venezolano” como Estado democrático, que exige que los titulares del Poder Ciudadano sean designados mediante elección popular de segundo grado por la Asamblea Nacional con el voto de las 2/3 partes de los diputados, que son los términos establecidos en la Constitución.

Al contrario, la Sala lo que decidió fue que ese carácter de cuerpo elector de la Asamblea Nacional actuando con mayoría calificada, sólo existiría cuando el Consejo Morán Republicano “haya convocado un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano,” de manera que supuestamente, si el mismo no se convoca, la Asamblea deja de ser cuerpo elector, y pasa a ser el órgano legislativo general, pudiendo entonces proceder a realizar la elección de dichos altos funcionarios, con mayoría simple, conforme al Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (art. 89), entendiendo por ello la “mayoría absoluta, que es aquella consistente en la manifestación afirmativa de la mitad más uno de los diputados y diputadas presentes.”¹⁸ Es decir, ni siquiera la mitad más uno de los diputados electos que componen la Asamblea, sino sólo de los presentes en la sesión, lo que por supuesto es contrario a “los valores y principios axiológicos en los cuales se asienta el Estado Constitucional” que en este caso son los principios democráticos que derivan del carácter de cuerpo elector de segundo grado que la norma le asigna a la Asamblea Nacional.

Como lo ha destacado María Amparo Grau, a la Sala Constitucional “no le está dado dictar sentencias contrarias al requisito que el texto, claro, diáfano y meridiano de la Constitución expresa, aunque el partido de gobierno confió que la solución del tema saldría de la sabia decisión de este órgano judicial.”¹⁹ Pero en lugar de haber sido una sabia decisión, la interpretación dada por la Sala es tan absurda que de una elección popular en segundo grado atribuida a un cuerpo elector como la Asamblea nacional asegurando una máxima representatividad democrática con el voto de las 2/3 partes de los diputados electos, pasó a permitir la elección de los altos funcionarios de los Poderes Públicos con la mayoría simple (la mitad más uno) de los diputados presentes en la sesión respectiva, lo que es una distorsión total del sentido democrático de la elección de segundo grado regulada.

De manera que al contrario de lo decidido por la Sala, la no especificación en el segundo párrafo del artículo 279 Constitucional de un régimen de mayoría específico para la adopción del nombramiento por la Asamblea Nacional, de los titulares del Consejo Moral Republicano, lo que tiene que entenderse es que

¹⁸ Como se informó en *El Carabobeño* sobre lo dicho por Pablo Aure: -El Gobierno nacional utiliza al Tribunal Supremo de Justicia para violar la Constitución nacional y permanecer en el poder, afirmó Pablo Aure, coordinador del movimiento Valencia se Respeta. Puso como ejemplo -la confabulación de la Asamblea Nacional con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para -con un grosero ardid- interpretar el artículo 279 de la Constitución que establece que, para nombrar el Poder Ciudadano, se requiere la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la Sala Constitucional de manera fraudulenta interpretó que dicho porcentaje solo se requiere en el caso de que los candidatos a conformar el Poder Ciudadano sean propuestos por el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano. Pero, como de allí no partió la propuesta, bastaba con una mayoría simple, señaló Aure. Eso es una barbaridad, porque es ilógico pensar que la Constitución sea menos exigente para nombrar a esos funcionarios, en el caso de que los mismos hubiesen sido previamente preseleccionados por un comité de evaluación de postulaciones, pues la calificación para tales nombramientos, no viene dada por la forma de su preselección sino por la importancia de los cargos del Poder Ciudadano, explicó la autoridad universitaria- Véase en Alfredo Fermín, -Aure: El Gobierno utiliza al TSJ para violar la Constitución,- en *El Carabobeño*, Valencia, 24 de diciembre de 2014.

¹⁹ Véase en María Amparo Grau, -Golpe a la Constitución ¡de nuevo!,- en *El Nacional*, Caracas, 24 de diciembre 2014.

ello no cambia el régimen de mayoría calificada previsto en la norma, no teniendo ningún asidero constitucional indicar que se aplica la mayoría absoluta propia del funcionamiento ordinario del órgano legislador.

Con lo decidido por la Sala, por tanto, lo que se produjo fue una mutación constitucional totalmente ilegítima, pues conservando el mismo texto del artículo 279 de la Constitución, la Sala Constitucional cambió su propósito y sentido, desnaturalizando el carácter de cuerpo elector de segundo grado de la Asamblea Nacional que sólo puede actuar con el voto de las 2/3 partes de los diputados electos, permitiendo en cambio que con una mayoría simple de los diputados presentes en una sesión se pueda “elegir” a los titulares del Poder Ciudadano; todo ello, para materializar la conspiración para cambiar con violencia institucional la Constitución, que desarrollaron junto con la Sala, la Fiscal General de la República y los otros miembros del Consejo Moral Republicano, y el Presidente y algunos diputados de la Asamblea Nacional.

Sobre ello, Román José Duque Corredor observó con razón que:

“La anterior interpretación resulta acomodaticia y forzada porque al no poder obtener el partido oficial las dos terceras partes requeridas, en el lapso constitucionalmente establecido, se debía someter a una consulta popular las designaciones, por lo que por esta Sentencia se sustituyó la soberanía popular por una mayoría simple, dado que estando bajo discusión en la Asamblea Nacional la designación de los miembros del Poder Ciudadano, mediante los debates pertinentes, y puesto que el Consejo Moral Republicano había enviado las respectivas ternas, subrepticamente éste participa que no se había cumplido con la designación del Comité de Postulaciones por falta de acuerdo entre ellos para que así se designara al Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional y no por la voluntad popular. En todo caso, en el supuesto negado que pudiera hacerlo la Asamblea Nacional, el principio intangible para la designación del Poder Ciudadano, conforme se desprende del artículo 279, constitucional, es el de la votación una mayoría calificada de dos terceras partes y no por una mayoría simple. Con esta Sentencia se violaron normas de la Constitución relativas a la legitimidad de los miembros del Poder Ciudadano y de respeto a la soberanía popular por la interpretación torticera que efectuó la Sala Constitucional.”²⁰

III. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

Pero el golpe de Estado de diciembre de 2014 no concluyó con la “designación” de los titulares del Poder Ciudadano, sino con la de los rectores del Consejo Nacional Electoral.

En efecto, el mismo día 22 de diciembre de 2014, al no poder la fracción parlamentaria del partido de gobierno designar por su cuenta, sin acuerdo alguno con los otros grupos parlamentarios, a los miembros del Poder Electoral, específicamente del Consejo Nacional Electoral, por no reunir la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, el mismo Presidente de la Asamblea Nacional, Sr. Diosdado Cabello, anunció públicamente “que el Tribunal Supremo de Justicia *se encargará de designar a los rectores y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE)*, pues no se lograron las dos terceras partes necesarias en el Parlamento para la designación,”²¹ como si dicho órgano judicial tuviese competencia alguna para hacer esa “designación” en sustitución de la Asamblea Nacional.

La decisión inconstitucional de la Asamblea Nacional se reportó en otra noticia de prensa, indicándose que:

“La designación de los nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral (CNE) fue enviada por la Asamblea Nacional al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) por no contar con la mayoría requerida por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por ello corresponde a la sala Constitucional del TSJ designar a los rectores del Poder Electoral.”²²

²⁰ Véase Carta de Román Duque Corredor por designación del Defensor del Pueblo, al Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, 27 de diciembre de 2014, en <http://cronicasvenezuela.com/2014/12/27/carta-de-romn-duque-corredor-por-designacin-del-defensor-del-pueblo/>

²¹ Véase -TSJ decidirá cargos de rectores del CNE-, Noticias -Globovisión, Caracas, 22 diciembre de 2014, en <http://globovision.com/tsj-decidira-cargos-de-rectores-del-cne/>

²² Véase -Designación de rectores y suplentes del CNE pasa al TSJ-, en *Informe21.com*, Caracas, 22 de diciembre de 2014, en <http://informe21.com/cne/designacion-de-rectores-y-suplentes-del-cne-pasa-al-tsj>

En consecuencia, se informó en la prensa que: “Cabello leyó y firmó la comunicación que fue enviada “de inmediato” al máximo órgano de justicia del país”.²³

Esta decisión del Presidente de la Asamblea Nacional, por supuesto, fue esencialmente inconstitucional, pues la misma, como cuerpo elector en segundo grado, y menos su Presidente, no puede delegar sus funciones constitucionales en órgano alguno del Estado, y menos en el Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo demás, es falso que cuando no se logre la mayoría calificada requerida de votos de diputados para la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, por falta de acuerdos entre los partidos, ello pueda considerarse como una “omisión inconstitucional” (como lo decidió la Sala Constitucional en 2003); y también es falso que en esos casos “corresponda” al Tribunal Supremo de Justicia, realizar tal elección. Al contrario, el Tribunal Supremo carece de competencia para realizar dicha elección; y mucho menos competencia tiene con el argumento de que en la Asamblea Nacional “no se pudo contar con la mayoría requerida por la Constitución.”

La Sala Constitucional, en efecto, es ningún caso puede suplir la voluntad popular expresada en segundo grado que solo puede emanar de la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, por lo que al hacer la “elección” de dichos funcionarios, como en efecto lo hizo en diciembre de 2014, incurrió en usurpación de autoridad que conforme al artículo 138 de la Constitución “es ineficaz y sus actos son nulos.”

1. *El inconstitucional antecedente de 2003 con ocasión del control de constitucionalidad de la omisión legislativa*

Es muy probable que el Presidente de la Asamblea Nacional, para haber tomado la inconstitucional decisión de transferir a la Sala Constitucional el ejercicio de las funciones de la Asamblea, haya recordado la inconstitucional actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en 2003, al haber designado a los miembros del Consejo Nacional Electoral, en forma provisoria, al ejercer el control de constitucionalidad de la omisión legislativa en haber hecho la elección, que en ese entonces fue requerido por un ciudadano en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 336.7 de la Constitución que dispone que la Sala puede:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

En relación con esta competencia de la Sala Constitucional de controlar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, hemos considerado que la misma no puede conducir a la sustitución del legislador y a dictar la ley o medida respectiva, obviando la función de deliberación de la representación popular, como la misma Sala lo ha decidido. En efecto, en sentencia N° 1043 de 31 de mayo de 2004 (Caso: *Consejo Legislativo del Estado Zulia*), la Sala sostuvo que a pesar de la complejidad de la materia la Jurisdicción Constitucional, difícilmente la misma podría llegar a suplir la omisión del Legislador en su totalidad, señalando que:

“es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige”, sin embargo ha considerado que si está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.”²⁴

En esta línea, en un caso específico, precisamente el ocurrido en 2003, con motivo del recurso por omisión legislativa de la Asamblea Nacional en haber efectuado la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral (Rectores) como correspondía, por la peculiaridad de la situación de entonces, la Sala Constitucional declaró como inconstitucional la omisión legislativa, y se sustituyó en el ejercicio de tal atribución, aunque con carácter provisional, particularmente porque había sido la propia Sala la que había

²³ Véase -TSJ decidirá cargos de rectores del CNE-, Caracas Noticias -Globovisión, 22 diciembre de 2014 en <http://globovision.com/tsj-decidira-cargos-de-rectores-del-cne/>

²⁴ Véase sentencia N° 1043 de 31-5-2004 (Caso: *Consejo Legislativo del Estado Zulia*), en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, p. 408.

provocado la inmovilidad del Consejo Nacional Electoral nombrado en 2000, con graves consecuencias políticas, que se agravaban si no se elegían los nuevos miembros.²⁵

En dicho caso, que fue resuelto por la ya mencionada sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*)²⁶ la Sala Constitucional, si bien consideró como se ha dicho que la falta de acuerdos parlamentarios, es algo normal en la actuación de los órganos democrático representativos, en ese caso, consideró que la omisión en la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral –aun sin ser ilegítima– podía conducir a ejercer la competencia prevista en el artículo 336.7 de la Constitución y declararla inconstitucionalidad de la omisión, estableciendo un plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción. Y eso fue lo que ocurrió, por lo que la Sala Constitucional en esa sentencia conminó a la Asamblea Nacional omisa, para cumplir su obligación, otorgándole para ello un plazo de 10 días, expresándole que, si no lo hacía dentro de dicho término, la Sala entonces procedería a corregir en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra, en ese caso, que proceder a hacer la designación “dentro de un término de diez (10) días continuos.”

En la sentencia, a todo evento, la Sala hizo los siguientes razonamientos y dejó sentado los siguientes criterios que enmarcaron la forma conforme a la cual se operaría lo que en definitiva fue un secuestro del Poder Electoral:²⁷

En *primer lugar*, que, en caso de omisión de la elección, las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino provisionarias, de manera que los nombramientos cesarían cuando el órgano competente asumiera su competencia y realizara la elección.

En *segundo lugar*, la Sala consideró que para realizar los nombramientos provisionarios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario,” pero aclarando, sin embargo, que “debido a la naturaleza provisionaria y a la necesidad de que el órgano funcione,” la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo,” desligándose así la Sala de las exigencias legales que en cambio sí debía cumplir el elector omiso, para la elección popular de segundo grado.

En *tercer lugar*, la Sala Constitucional en ese caso específico, constató la existencia del “vacío institucional,” considerando que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional” pues la propia Sala Constitucional en sentencia precedente N° 2816 de 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*),²⁸ había materialmente paralizado, por supuesto inconstitucionalmente, el funcionamiento del Consejo Nacional Electoral que había sido designado por la Asamblea Constituyente en 2000. Por esta parálisis de funcionamiento, era imperioso para el funcionamiento del sistema político la elección de los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral.

Luego de la sentencia, la Sala Constitucional, transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber logrado el partido de gobierno la mayoría de las 2/3 partes de los diputados de la Asamblea para imponer su criterio y elegir a los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió entonces, en ese caso, a suplir la omisión de la Asamblea Nacional, y a decidir conforme lo había querido el partido de gobierno, lo que hizo mediante sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá M. y otros*),²⁹ en la cual procedió a designar a los miembros del Consejo

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, México, 2007, pp. 392 ss.

²⁶ Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 271-286.

²⁷ Véase en general sobre estas decisiones Allan R. Brewer-Carías, *La sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho, (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*. Ediciones El Nacional, Caracas 2004.

²⁸ Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2816-181102-02-1662.HTM>

²⁹ Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELECTORAL.HTM> Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela,” en *Revista*

Nacional Electoral y a sus suplentes “de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Electoral,” sin duda, usurpando una competencia que es exclusiva de la Asamblea Nacional,³⁰ y por tanto, como en su momento lo expresamos en otro lugar: “extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público.”³¹

El caso, a pesar de sus peculiaridades y sus propias inconstitucionalidades, era sin duda un antecedente, en la materia de la “elección” de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte de la Sala Constitucional, pero al cual no se hizo siquiera alusión en diciembre de 2014, ni en la solicitud del Presidente de la Asamblea Nacional ante la sala Constitucional, ni en la sentencia de la misma.³²

2. *La nueva usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo*

En efecto, el Presidente de la Asamblea Nacional, por su cuenta y sin que ello por supuesto hubiese sido decidido por la Asamblea Nacional como cuerpo colegiado, considerando erradamente que al no haberse logrado la mayoría calificada para designar a los rectores del Consejo Nacional Electoral, supuestamente, en forma automática, le “correspondía” a la Sala Constitucional proceder a hacer los nombramientos, se dirigió a la misma en fecha 22 de diciembre de 2014, solicitando se procediese a materializar esa usurpación de autoridad, lo que la Sala Constitucional ejecutó, muy diligentemente, mediante sentencia N° 1865 de 26 de diciembre de 2014.³³

La solicitud del Presidente de la Asamblea, como lo resume la sentencia, en efecto, se limitó a señalar que en la Asamblea “no se logró alcanzar la mayoría requerida por la Constitución en su artículo 296, de las dos terceras partes de sus integrantes, para la designación de los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral postulados o postuladas por la Sociedad Civil,” razón por la cual decidió remitir “a ese máximo Tribunal, la presente información, para su consideración y fines correspondientes, según lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 336, numeral 7.” De ello, la Sala Constitucional fue la que “dedujo” que se trataba de una solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión, para lo cual argumentó sobre su competencia en la materia prevista en el mencionado artículo 336.7 de la Constitución, haciendo referencia a su jurisprudencia, desde su sentencia N° 1.556 del 9 de julio de 2002.

Sin embargo, dicha norma, como resulta de su propio texto, sólo autoriza a la Sala Constitucional a declarar que la Asamblea Nacional por ejemplo, no ha dictado una decisión prevista en la Constitución, como una ley o una medida indispensable para garantizar el cumplimiento de la Constitución, como es la elección de altos funcionarios del Estado, ordenando a la Asamblea a dictar la norma o medida, y eventualmente fijar los lineamientos para la corrección de la omisión, pero nunca puede la Sala Constitucional sustituir la voluntad de la Asamblea Nacional como órgano legislativo ni como cuerpo electoral de segundo grado, ni por tanto, dictar por sí misma ni la ley ni la medida de la específica competencia de la Asamblea.

Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pp. 271-286.

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, Allan R. Brewer-Carías, -El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004-, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; y -La autonomía e independencia del Poder Electoral y de la Jurisdicción Electoral en Venezuela, y su secuestro y sometimiento por la Jurisdicción Constitucional-, Ponencia presentada al *III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Facultad de Estudios Superiores de Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, Estado de México, 27-29 Septiembre de 2012.

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, México, 2007, p. 392.

³² Solo fue ex post facto, mediante declaraciones públicas que la Presidenta del Tribunal Supremo el día 29 de diciembre de 2014, la misma -recordó- que -la Sala -ya actuó de la misma forma en 2003 y 2005, cuando asimismo se registraron casos de la -omisión legislativa- Véase en -Gladys Gutiérrez: -En elección de rectores del CNE se siguió estrictamente el procedimiento-, Caracas 29 de diciembre de 2014, en <http://www.lapatilla.com/site/2014/12/29/gladys-gutierrez-en-eleccion-de-rectores-del-cne-se-siguio-estrictamente-el-procedimiento/>

³³ La sentencia inicialmente la consulté en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML> Posteriormente sólo está disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>.

Ahora bien, la Sala, en este caso de 2014, al analizar la legitimación activa del Presidente de la Asamblea para remitir al máximo Tribunal, “la presente información, para su consideración y fines correspondientes,” dado el carácter de acción popular de la acción por omisión, expresó falsamente que ejercía – como se indica en la sentencia – “la representación del órgano parlamentario y en ejercicio de la cual declaró la imposibilidad de ese cuerpo deliberante de designar a los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral,” supuestamente habiendo solicitado a la Sala “*supla la aludida omisión*,” lo cual no era cierto.

Eso no lo dijo en su solicitud el mencionado funcionario. Una cosa es controlar la inconstitucionalidad de la omisión que es lo que dispone el artículo 336.7 de la Constitución, norma que fue a lo única a lo cual hizo referencia indirecta el solicitante, y otra cosa es pedirle a la Sala que “supliría” a la Asamblea, es decir, que hiciera la “elección” en lugar del cuerpo elector, lo cual no podía hacer por ser ello inconstitucional. Pero ello fue lo que en definitiva hizo la Sala Constitucional, en un “proceso” que discrecionalmente consideró como de mero derecho, decidiéndolo “sin necesidad de abrir procedimiento alguno,” para negarle a los interesados, como, por ejemplo, a los propios diputados de la Asamblea Nacional que no estuviesen conformes con la petición, su derecho a ser oídos, violándose así el artículo 49 de la Constitución.

Por otra parte, como bien lo observó José Ignacio Hernández,

“en este caso, quien ejerció la omisión fue, precisamente, el Presidente de la Asamblea Nacional, que es el órgano controlado por la acción de omisión.

Al hacer ello, se llegó a una situación paradójica: la Asamblea Nacional se demandó a sí misma. En efecto, quien demandó la omisión legislativa fue el Presidente de la Asamblea, órgano que según la demanda habría incurrido en esa omisión. Una especie de “auto-demanda”, tan incoherente, que devela la inconstitucionalidad de la sentencia comentada.”³⁴

Para decidir el caso, la Sala Constitucional, además de narrar lugares comunes sobre la penta división del Poder Público, e indicar que todos los cinco poderes nacionales, entre ellos el Poder Electoral deben contar con titulares electos conforme a los términos establecidos en la Constitución, se refirió a la información dada a la Sala por el propio Presidente de la Asamblea Nacional, lo que además consideró que era un “hecho notorio comunicacional,” en el sentido de que no se había logrado “acuerdo de la mayoría respectiva de los integrantes de ese órgano al que le compete la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral,” de lo cual la Sala evidenció inconstitucionalmente y contrariando el principio democrático representativo que rige los órganos deliberantes, “la ocurrencia de una omisión por parte del órgano parlamentario nacional,” además de constatar que se habían agotado los procedimientos previstos en el artículo 296 del Texto Fundamental y en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, todo lo cual, a juicio de la Sala Constitucional, había sido reconocido por el Presidente de la Asamblea Nacional.

Precisó la Sala, que “la omisión de designación es un hecho objetivo que se constata de la solicitud que efectuó el Presidente de la Asamblea Nacional, y que obedece a que no existe en el órgano parlamentario la mayoría calificada, consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, tal como lo exige el artículo 296 del Texto Fundamental,” de lo cual entonces dedujo la Sala Constitucional,” que había “la existencia de la omisión por parte de la Asamblea Nacional de designar a los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral conforme a las postulaciones realizadas por la sociedad civil.”

Bastó este simple e infundado razonamiento para que entonces, la Sala Constitucional “en atención al mandato estatuido en los artículos 296, 335 y 336, numeral 7, de la Constitución,” resolviese, no conminar a la Asamblea a que cumpliera sus funciones fijándole por ejemplo un plazo para ello como había ocurrido en el antecedente jurisprudencial de 2003, sino pasar directamente a “designar” a los miembros del Consejo Nacional Electoral, así: “como primera rectora principal a la ciudadana Tibusay Lucena, y como sus suplentes a los ciudadanos Abdón Rodolfo Hernández y Alí Ernesto Padrón Paredes; como segunda rectora principal a la ciudadana Sandra Oblitas, y como sus suplentes a los ciudadanos Carlos Enrique Quintero Cuevas y Pablo José Durán; y como tercer rector principal al ciudadano Luis Emilio Rondón, y como sus suplentes a los ciudadanos Marcos Octavio Méndez y Andrés Eloy Brito.” Luego de ello, la Sala convocó a los Rectores y Rectoras designados como principales y suplentes para su juramentación, la cual se llevó a cabo en la propia Sala el día lunes 29 de diciembre de 2014.

³⁴ Véase José Ignacio Hernández, -La inconstitucional designación de los rectores del CNE,- en *Prodavinci*, Caracas 27 de diciembre de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-insconstitucional-desig-nacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-herandez/>

La designación de estos rectores del Consejo Nacional Electoral por la Sala Constitucional, por otra parte, fue hecha en forma definitiva para el período constitucional correspondiente, abandonándose la idea de la “provisionalidad” en la designación que había prevalecido en el antecedente jurisprudencial mencionado de 2003.

Todo ello, por supuesto, fue absolutamente inconstitucional, pues en la Asamblea Nacional, en diciembre de 2014, en realidad, no hubo omisión inconstitucional alguna por parte de la Asamblea Nacional en la elección, al punto de que el propio Presidente de la misma ni siquiera usó la palabra “omisión” en su solicitud. Es falso, por tanto lo afirmado por la Sala Constitucional en el sentido de que la referida “omisión de designación” haya sido un “hecho objetivo que se constata de la solicitud que efectuó el Presidente de la Asamblea Nacional,” pues éste nada dijo al respecto.³⁵ Lo único que expresó el solicitante fue que no se logró la mayoría calificada de las 2/3 partes de sus integrantes para que se pudiera materializar la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, y ello como la misma Sala Constitucional lo decidió en otra sentencia de 2003 antes citada, no es ni puede ser inconstitucional en sí mismo. De ello, sin embargo, fue la Sala Constitucional la que falsamente dedujo que dicha mayoría calificada no existía (“no existe en el órgano parlamentario”), y que había “la imposibilidad” de hacer la elección, diciendo entonces, como consecuencia, una supuesta “existencia de la omisión por parte de la Asamblea Nacional.”

En un órgano deliberante como la Asamblea Nacional, se insiste, el que no se lleguen a acuerdos parlamentarios mediante discusión y consensos, en ocasiones determinadas, no significa que haya “omisión” y menos inconstitucional. De ello se trata la democracia, precisamente de acuerdos y consensos cuando una sola fuerza política no controla la mayoría requerida para decidir. En esos casos, tiene que llegar a un acuerdo con las otras fuerzas políticas. Como lo expresó la propia Sala Constitucional en 2003, en la antes mencionada sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*),³⁶ cuando “los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes.” En esos casos, por tanto, no hay inconstitucionalidad alguna sino necesidad de que las fuerzas políticas lleguen a un acuerdo, cediendo y acordándose mutuamente, que es lo propio en la democracia.

Como lo observó Román José Duque Corredor, la Sala Constitucional:

“consideró como una omisión inconstitucional la falta del acuerdo político entre los integrantes de la Asamblea Nacional para alcanzar la mayoría de las 2/3 partes necesarias para designar los Rectores del CNE, cuando no se trata de falta alguna para dictar una ley o alguna medida jurídica indispensable para que se cumpla la Constitución, sino de la falta del consenso, en las discusiones parlamentarias, para lograr la decisión política requerida para la legitimidad democrática de origen de un órgano del Poder Público. Ese desacuerdo político no es propiamente una inactividad de la Asamblea Nacional, como lo quiere hacer ver la Sala Constitucional.”³⁷

Por tanto, al decidir la Sala Constitucional, de oficio, que por no haberse logrado una determinada mayoría en la Asamblea, como la quería el partido de gobierno, ya ello implicaba que “no existía” la posibilidad de lograr dicha mayoría, que por tanto había “la imposibilidad” de hacer la elección, y había una “omisión inconstitucional,” lo que estableció en definitiva es que la democracia parlamentaria en sí misma es inconstitucional, siendo al contrario, “constitucional,” la situación en la cual un partido imponga su voluntad sin necesidad de llegar a acuerdos con los otros partidos o grupos políticos representados en la Asamblea.

³⁵ Por ello José Ignacio Hernández indicó, con razón, que -se declaró una omisión que en realidad no existía.- Véase José Ignacio Hernández, -La inconstitucional designación de los rectores del CNE,- en *Prodavinci*, Caracas 27 de diciembre de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-inconstitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-herandez/>

³⁶ Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela,- en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Pro-cesal Constitucional, México 2008, pp. 271-286

³⁷ Véase Román José Duque Corredor, -El logaritmo inconstitucional: 7 Magistrados de la Sala Constitucional son iguales a 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional,- Caracas 29 de diciembre de 2014, en <http://www.frentepatriotico.com/inicio/2014/12/29/logaritmo-inconstitucional/>

Se trata, en definitiva, de una decisión que legitima el autoritarismo, considerándose en ella como “constitucional” que el partido de gobierno adopte decisiones sin oposición alguna, y al contrario, como “inconstitucional” que entre en juego la democracia parlamentaria representativa, y que en alguna sesión de la Asamblea el partido de gobierno no logre imponer su voluntad por no disponer de la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, y tenga que llegar a acuerdos o consensos con otros grupos.³⁸

Y en medio de este absurdo, es todavía más absurdo que en forma muy antidemocrática, la Sala Constitucional no sólo haya usurpado la voluntad popular que debía expresar en segundo grado la Asamblea Nacional como órgano elector en estos casos para decidir con mayoría calificada de votos de las 2/3 partes de sus miembros, sino que haya considerado “constitucional” el hecho de que sus siete magistrados, que son personas no electas por voto directo, usurpando dicha condición de órgano elector que solo corresponde a la Asamblea nacional, sustituyan la voluntad de los 2/3 de sus diputados, y hayan “elegido” sin cumplir los requisitos constitucionales, a los miembros del Consejo Supremo Electoral.

Toda esta aberrante situación la resumió Román José Duque Corredor, al analizar lo que llamó el “logaritmo inconstitucional”:

“La Sala In-Constitucional , o mejor dicho , la Sala Celestina, del Tribunal Supremo de Justicia, manipula torticeramente los artículos 336.7 y 296, de la Constitución, para designar para el Consejo Nacional Electoral, en lugar de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, los postulados por el PSUV que no obtuvieron el acuerdo de esa mayoría calificada. Para ello dicha Sala declaró como inconstitucional el que en las sesiones parlamentarias los diputados no hubieren alcanzado esa mayoría de las 2/3 partes y consideró competente a sus 7 Magistrados para sustituir esa mayoría calificada en un nuevo logaritmo. Es decir, que exponencialmente 7 Magistrados equivalen a 110 diputados. Con esta fórmula la Sala Celestina designó los Rectores del CNE que 99 oficialistas no pudieron designar. La base de este logaritmo inconstitucional es la tergiversación de normas constitucionales que para que esa designación tenga la legitimidad democrática de una elección de segundo grado, exigen un consenso o una gran mayoría de la representación popular por la que sufragó el pueblo al elegir la Asamblea Nacional. Con esas 2/3 partes lo que la Constitución pretende es garantizar la autenticidad de la base popular de dicha designación. En otras palabras, que la exigencia de esa mayoría calificada es una manera de que la soberanía popular indirectamente intervenga en la conformación del Poder Electoral, cuya titularidad le corresponde en los términos del artículo 5° de la Constitución. [...]

En base, pues, a su torticera interpretación, la Sala Constitucional, de nuevo en su función de Sala Celestina del gobierno y de ejecutora de ordenes cuartelarias, mediante un logaritmo inconstitucional sustituyó a las 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional, es decir, a 110 de sus diputados, por sus 7 Magistrados, con lo que una vez más contribuye con la pérdida de vigencia y con la desinstitucionalización del Estado de Derecho democrático en Venezuela.”³⁹

IV. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA POR LA ASAMBLEA NACIONAL

El último paso de la conspiración para consolidar en diciembre de 2014 el total acaparamiento y control de los Poderes Públicos por parte del partido de gobierno, ocurrió el 28 de diciembre de 2014 con la elección, por parte de la Asamblea Nacional, de doce de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

³⁸ Como lo ha destacado José Ignacio Hernández, -La existencia de mayorías calificadas para designar a ciertos funcionarios, como es el caso de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea necesarias para designar a los Rectores del CNE, tiene un claro propósito: forzar al acuerdo de voluntades entre los distintos partidos políticos, evitando que el partido de la mayoría simple (o absoluta) dicte todas las decisiones. Esto es así, pues si un solo partido político en la Asamblea puede dictar todas las decisiones, sin tener que pactar con otros partidos, estaríamos ante lo que Alexis de Tocqueville llamó la -tiranía de la mayoría-. [...] Por eso es que la Constitución de 1999 no permite a la Sala Constitucional asumir la designación de los Rectores del CNE, pues esa designación solo podía ser efectuada por la voluntad de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea. Es decir, no basta –no debe bastar– la voluntad de uno solo para efectuar esa designación. La Sala Constitucional asumió, así, de manera unilateral, una designación que por Constitución debía ser plural. Lo hizo, además, ignorando a esas dos terceras partes de la Asamblea –que es una entidad distinta a quien preside la Asamblea– pues ni siquiera siguió previo juicio.- Véase José Ignacio Hernández, -La inconstitucional designación de los rectores del CNE,- en *Prodavinci*, Caracas 27 de diciembre de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-insconstitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-hernandez/>

³⁹ Véase Román José Duque Corredor, -El logaritmo inconstitucional: 7 Magistrados de la Sala Constitucional son iguales a 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional-, Caracas 29 de diciembre de 2014, en <http://www.frentepatriotico.com/inicio/2014/12/29/logaritmo-inconstitucional/>

Conforme a lo establecido en los artículos 264 y 265 de la Constitución, en efecto, como hemos señalado, también se dispone la elección popular en segundo grado de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, y si bien en dichas normas no se precisa como en los otros casos de funcionamiento del cuerpo elector que la elección debe hacerse con el voto de las 2/3 partes de los diputados que integran la Asamblea, al preverse sin embargo que la remoción de los mismos sólo puede realizarse con el voto de dichas 2/3 partes, se debe entender dentro de la lógica constitucional democrática que rige la elección popular de segundo grado, que la elección también tiene que realizarse mediante dicha mayoría calificada.

Ello se estableció como principio en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pero con una lamentable e incongruente previsión, al regularse la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional por un período único de 12 años, conforme al siguiente procedimiento:

“Cuando sea recibida la segunda preselección que consigne el Poder Ciudadano, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución y la presente Ley, en sesión plenaria que sea convocada, por lo menos, con tres días hábiles de anticipación, la Asamblea Nacional hará la selección definitiva con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que no se logre el voto favorable de la mayoría calificada que se requiere, se convocará a una segunda sesión plenaria, de conformidad con este artículo; y si tampoco se obtuviese el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes, se convocará a una tercera sesión y, si en ésta tampoco se consiguiera el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Asamblea Nacional, se convocará a una cuarta sesión plenaria, en la cual se harán las designaciones con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de la Asamblea Nacional”.

Mediante la previsión de la última parte de este artículo 38 de la Ley Orgánica, en definitiva, si no se logra reunir la mayoría calificada de los diputados de la Asamblea para la elección de los Magistrados, los mismos se podrían elegir con una mayoría simple de los diputados presentes, lo cual como hemos expresado en otro lugar, “es completamente incongruente” con la mayoría requerida para su remoción conforme al artículo 265 de la Constitución.⁴⁰

Ahora bien, precisamente conforme a esa incongruencia legislativa, el 27 de diciembre de 2014 se informó en la prensa por el Presidente de la Asamblea Nacional, que en virtud de que en la sesión de ese día, “no hubo **mayoría calificada**, dos terceras partes con 110 diputados, para la designación de magistrados para el Tribunal Supremo de Justicia,[...] **convocó a una cuarta sesión extraordinaria para este domingo 28 de diciembre a las 10:00 am,**” anunciando simplemente que “**Vamos a designarlos con el voto favorable de la mayoría simple (99 diputados).**”⁴¹

Y efectivamente eso fue lo que ocurrió en la sesión de la Asamblea Nacional del 28 de diciembre de 2014, en la cual, con una votación de mayoría simple,⁴² los diputados oficialistas designaron a doce magistrados del Tribunal Supremo de Justicia,⁴³ sin que además se hubiera garantizado efectivamente la participación de los diversos sectores de la sociedad en el Comité de Postulaciones Judiciales, el cual, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se configuró como una comisión parlamentaria “ampliada,” controlada por la Asamblea Nacional.

V. EL RESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA RESISTENCIA FRENTE A AUTORIDADES ILEGÍTIMAS

En esta forma, en apenas una semana, y como producto de una conspiración para cambiar con violencia institucional la Constitución, en la cual participaron activamente la Presidenta del Consejo Moral Republicano y los otros órganos del Poder Ciudadano, el Presidente de la Asamblea Nacional y el grupo de diputados oficialistas, y los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Venezuela se dio un golpe de Estado y se mutó ilegítimamente la Constitución para elegir inconstitucionalmente

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 2010*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, p. 34.

⁴¹ Véase en: -AN convoca a cuarta sesión para designar a magistrados del TSJ,- en Globovisión.com, Caracas 27 de diciembre de 2014, en <http://globovision.com/an-convoca-a-cuarta-sesion-para-designar-a-magistrados-del-tsj-2/>

⁴² Véase en: -AN designa a los magistrados del TSJ,- en Globovisión.com, 28 diciembre de 2014, en <http://globovision.com/an-designa-a-los-magistrados-del-tsj/>

⁴³ Véase el Acuerdo de la Asamblea Nacional con los nombramientos, en *Gaceta Oficial* N° 40.570, 29 de diciembre de 2014, y N° 6.165 Extra., 28 de diciembre de 2014.

a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, del Poder Electoral y del Tribunal Supremo de Justicia, por un órgano que carecía de competencia para ello, como es la Asamblea Nacional actuando como órgano legislativo ordinario, cuando ello le corresponde a la Asamblea Nacional actuando cuerpo elector de segundo grado, que sólo puede proceder con la mayoría de las 2/3 partes de sus integrantes; o como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En ambos casos ha habido una usurpación de funciones que hace nulos los actos dictados, quedando las designaciones efectuadas como ilegítimas de origen, de manera que como lo expresó María Amparo Grau, “independientemente del desempeño, tales funcionarios lo serán de hecho, nunca de derecho,” pero con el agravante de que en este caso no se aplicaría la doctrina del “funcionario de hecho” puesto que en este caso:

“no existe buena fe en el proceder de una Asamblea que violenta de forma flagrante el procedimiento de selección de estas autoridades para imponer a los candidatos de su preferencia, sin pasar por el necesario acuerdo parlamentario con los representantes de otras tendencias políticas y sin someterse si quiera a la voluntad popular, que es la que en última instancia ha debido resolver, a falta de acuerdo sobre quienes han debido pasar a ocupar las principales posiciones de los órganos del Poder que integran el Consejo Moral Republicano. A unos días de haber celebrado oficialmente los 15 años de la Constitución, vuelven a violarla con descaro, pero esta vez pasando por encima incluso de la competencia atribuida por esta al propio soberano. Los cargos así designados están viciados por una ilegitimidad de origen que los convierte en funcionarios de facto. Estamos en un régimen caracterizado por la hipernormatividad y el discurso, pero en el que el valor de la norma, incluida la constitucional, no existe.”⁴⁴

En todo caso, con el golpe de Estado dado en diciembre por los Poderes Públicos, y aun cuando la Constitución haya sido violada, sin embargo, como lo precisa su artículo 333, por el hecho de haberse dejado de observarse por el acto de fuerza institucional antes mencionado, la misma no ha perdido vigencia, estando todo ciudadano obligado, esté investido o no de autoridad, de colaborar con los medios de los cuales dispone al restablecimiento de su efectiva vigencia.

Y en cuanto a las autoridades ilegítimas designadas mediante el golpe de Estado de diciembre de 2015, conforme al artículo 350 de la misma Constitución, el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, está en la obligación de desconocerlas, por contrariar los valores, principios y garantías democráticos, y por menoscabar al menos el derecho ciudadano a la democracia y a la supremacía constitucional.

Este derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como lo señaló la propia Sala Constitucional en sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*), es precisamente el que “está reconocido en el artículo 333 de la Constitución, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961” agregando la Sala que: “Esta disposición está vinculada, asimismo, con el artículo 138 *eiusdem*, que declara que ‘Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.’ El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333, es un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional.”⁴⁵

Sin embargo, la misma Sala Constitucional conspiradora, al “interpretar” dicho artículo 350 de la Constitución, en la misma sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 argumentó, restrictivamente, que el derecho del pueblo de desconocer las autoridades ilegítimas en él previsto, sólo:

“puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas.”⁴⁶

Es decir, en general, la Sala Constitucional, materialmente redujo las formas de ejercer dicho derecho a la resistencia a los mecanismos de sufragio (de elección o de votación), cuyo ejercicio esta precisamente controlado por uno de los órganos ilegítimos que el pueblo tiene derecho a desconocer, como es el Consejo Nacional Electoral cuyos titulares fueron recién electos por la propia Sala Constitucional usurpando la función de la Asamblea Nacional como cuerpo elector de segundo grado.

⁴⁴ Véase en María Amparo Grau, -“Golpe a la Constitución ¡de nuevo!”,- en *El Nacional*, Caracas, 24 de diciembre 2014.

⁴⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 126-127.

⁴⁶ *Ídem*.

Ello, al hacer imposible que se pueda ejercer dicho derecho a la resistencia, tanto por la actuación de la Sala Constitucional usurpadora como contra el Consejo Nacional Electoral ilegítimo, necesariamente tendrá que abrir otras alternativas democráticas para su manifestación.⁴⁷

(Este texto es una reelaboración del inicialmente escrito entre el 28 de diciembre de 2014 y el 1º de enero de 2015, en París, en la rue des Saints Pères.)

⁴⁷ Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, -El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la *Declaración de Santiago*- en Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez (directores), *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, CIDEAL/AEDIDH, Madrid 2013, pp. 167-189. Véase igualmente: -El Juez Constitucional vs. El derecho a la desobediencia civil, y de cómo dicho derecho fue ejercido contra el Juez Constitucional desacatando una decisión ilegítima (El caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012)-, en *Revista de Derecho Público*, N° 129 (enero-marzo 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 241-249.

2015

48. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO RESPECTO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y SU DESCONSTITUCIONALIZACIÓN EN VENEZUELA POR EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Revista de Derecho Público, N° 141, enero-marzo 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 179-190

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo No. 1604 25 de noviembre de 2014, en la cual resolvió inconstitucionalmente que la garantía constitucional del debido proceso no tiene vigencia en actuaciones administrativas que obedecen “al ejercicio de la Potestad del Estado”, en cuyos procedimientos no necesariamente deben concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas.*

Palabras Clave: *Procedimiento Administrativo. Debido proceso. Derecho a la defensa.*

Abstract: *This article analyses ruling No 1.604 of November 25, 2014 of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, in which contrary to the Constitution, it decided that the due process guaranty does not applies when an administrative action is accomplished according to “State Power,” in which cases in the administrative procedures the interested parties do not have necessarily a specific opportunity to argue and expose their defenses.*

Key words: *Administrative Procedure. Due Process. Right to defense.*

I

La más importante de las garantías constitucionales que las personas tienen frente a las actuaciones del Estado, además del derecho de acceso a la justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva para poder controlar el sometimiento al derecho de los actos y actuaciones de sus autoridades, es que toda actuación de las mismas cumplida en ejercicio del poder público, se desarrolle en el curso de un debido proceso legal de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, conforme al principio de legalidad, que no sólo debe guiar la actuación de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, sino todas las actividades administrativas desarrolladas por todos los órganos de la Administración Pública.

Esa garantía al debido proceso¹ con esa extensión, como ha ocurrido en todas las Constituciones contemporáneas, fue desarrollada detalladamente en el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1999,²

¹ Véase en general, en Venezuela, 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.

² El artículo 49 de la Constitución dispone: -El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de

como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho,”³ denominándose como tal debido proceso, “aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”, de manera 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”⁴.

II

Esta norma constitucional, como lo reiteró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 80 de 1 de febrero de 2001, recoge la concepción más acabada respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso, en el sentido de que

“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.”⁵

En el mismo sentido, en otra sentencia, esta vez de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo, No. 157 de 17 de febrero de 2000, la misma precisó que:

“Se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 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. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas-. Véase sobre nuestra participación en la redacción de esta norma, en la sesión del 21 de octubre de 1999 de la Asamblea nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente 1999*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 631.

³ Así lo ha considerado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Véase sentencia N° 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.

⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes 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*) en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

⁵ Véase Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana...”⁶.

III

Ahora bien, en particular en relación con la garantía del derecho a la defensa, como pieza esencial de la garantía del debido proceso, el artículo 49.1 de la Constitución no sólo establece tal derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado),⁷ considerándolos como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del proceso. Adicionalmente, precisa el texto fundamental 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*.

En ese contexto, el derecho a la defensa ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por sentada anteriormente por la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como una “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.”⁸

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador,⁹ lo que ha precisado con claridad la misma Sala Constitucional en sentencia No. 321 de 22 de febrero de 2002, al indicar que las limitaciones al derecho de defensa derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas. A tal efecto en dicha sentencia de 2002, la Sala señaló que cuando la norma del artículo 49.1 de la Constitución “faculta a la ley para que regule el derecho a la defensa,” ello debe ser atendido por el ordenamiento adjetivo, pero sin que ello signifique:

“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 constitucional¹⁰.

⁶ Véase Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

⁷ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 352 de 22-03-2001 (Caso: *Colegio de Médicos del Distrito Federal vs. Federación Médica Venezolana*) en tal sentido ha señalado que -la intervención real y efectiva del abogado garantiza a las partes actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses y les permite defenderse debidamente contra la parte contraria-, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 100 y ss.

⁸ Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político 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. Véase también sentencia No. 1166 de 29 de junio de 2001, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.*

⁹ 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 Justicia⁹, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran 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.

¹⁰ Véase Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*).

El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa como 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 limitaciones¹¹. Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege 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”¹².

Todas las Salas del Tribunal Supremo han reafirmado el derecho a la defensa como inviolable. Así, por ejemplo, la Sala de Casación Civil en sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995, ha señalado sobre “el sagrado derecho a la defensa” es un “derecho fundamental cuyo ejercicio debe garantizar el Juez porque ello redundará en la seguridad jurídica que es el soporte de nuestro estado de derecho; más cuando la causa sometida a su conocimiento se dirige a obtener el reconocimiento y posterior protección de los derechos con rango constitucional”. Este derecho, ha agregado la Sala, “es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa”¹³. En otra sentencia No. 160 de 2 de junio de 1998, la Sala de Casación Civil reiteró dicho derecho ha de “entenderse como la posibilidad cierta de obtener justicia del tribunal competente en el menor tiempo posible, previa realización, en la forma y oportunidad prescrita por la ley, de aquellos actos procesales encaminados a hacer efectivos los derechos de la persona” agregando que, por tanto, no es admisible “que alguien sea condenado si antes no ha sido citado, oído y vencido en proceso judicial seguido ante un juez competente, pues en tal caso se estaría ante una violación del principio del debido proceso.”¹⁴

Por su parte la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de junio de 1996, sostuvo que:

“El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado e cumplimiento previo a la imposición de toda sanción de un conjunto de actos o procedimientos destinados o permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros estados de derecho ha sido llamado como principio del debido proceso”¹⁵.

La Corte Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia, por su parte, en sentencia de 30 de julio de 1996, enmarcó el derecho a la defensa dentro del derecho de los derechos humanos, protegido además en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforme al principio de la progresividad, señalando lo siguiente:

“Por ello, la Constitución de la República estatuye que la defensa pueda ser propuesta en todo momento, “en todo estado y grado del proceso”, aún antes, entendiéndose por proceso, según Calamandrei, “el conjunto de operaciones metodológicas estampadas en la ley con el fin de llegar a la justicia”. Y la justicia la imparte el Estado. En el caso concreto que se estudia, a través de este Alto Tribunal. El fin que se persigue es mantener el orden jurídico.

Así mismo, debe anotar la Corte que en materia de Derechos Humanos, el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario. Esta doctrina de interpenetración jurídica fue acogida en sentencia de 3 de diciembre de 1990 por la Sala Político-Administrativa, en un caso sobre derechos laborales, conforme a estos términos:

...Igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal *constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental*. Según

¹¹ Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (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 esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa-. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

¹² Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

¹³ Véase Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*, en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12.

¹⁴ Véase en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 6, junio 1998, pp. 34-37.

¹⁵ Véase en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 6, Caracas, junio 1996.

el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenido en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos...”

Desde el punto de vista internacional, considera este Alto Tribunal que importa fortalecer la interpretación sobre esta materia, señalando la normativa existente.

Así, entre otros, el artículo 8 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competentes, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”.

De la misma manera, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantiza a toda persona el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, mediante proceso legal y justo, en el cual se aseguren en forma transparente todos sus derechos.

Esta normativa rige en plenitud dentro del país. Al efecto y tal como se indicó anteriormente, el artículo 50 de la Constitución de la República consagra la vigencia de los derechos implícitos conforme a la cual:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuran expresamente en ella”.

A ello se agrega que las reproducidas disposiciones de tipo internacional se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico interno, conforme a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución de la República”¹⁶.

En definitiva, como también lo expresó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000.

“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”¹⁷.

IV

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho administrativo, la más importante innovación del artículo 49 de la Constitución venezolana fue el haber regulado expresamente que la garantía del debido proceso no se limita por supuesto a los procesos judiciales, sino que se aplica “a todas las actuaciones administrativas” siendo ello uno de los pilares fundamentales en el régimen del procedimiento administrativo.

Por ello, sobre esta garantía también se ha pronunciado el juez contencioso administrativo, como por ejemplo resulta de la sentencia No. 157 de 17 de febrero de 2000, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual precisó que:

“el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”¹⁸.

Y más recientemente, en sentencia No. 1604 del 25 de noviembre de 2014, la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, como juez contencioso administrativo, en relación con la garantía del debido proceso y su vigencia en relación con las actuaciones administrativas ha expresado que:

¹⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, EJV, Caracas, julio-diciembre 1996, pp. 169-171.

¹⁷ Véase sentencia No. 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*), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, EJV, Caracas, 2000.

¹⁸ Véase Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

“De conformidad con lo previsto en los artículos 19, 25 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todos los órganos y entes que integran la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles político-territoriales, tienen el deber de respetar y garantizar los derechos constitucionales de los particulares, entre ellos, el derecho al debido procedimiento administrativo, el cual comprende las siguientes garantías: tener conocimiento del inicio de un procedimiento que involucre los derechos subjetivos o intereses del particular, tener acceso a las actas que conforman el expediente que habrá de formarse para dejar constancia escrita de las actuaciones en las que se soportará la voluntad administrativa, la posibilidad de ser oído por la autoridad competente y de participar activamente en la fase de instrucción del procedimiento, la libertad de alegar y contradecir, probar y controlar las pruebas aportadas al proceso; que se adopte una decisión expresa, oportuna, que tome en cuenta las pruebas y defensas aportadas, incluso para su desestimación, y que sea ejecutable; así como el derecho a recurrir de esa decisión”.

De ello concluyó la Sala Político Administrativa con la afirmación de que:

“En conclusión, el derecho al debido proceso no se satisface con la sola manifestación de voluntad concretizada en el acto administrativo, previa instrucción de un procedimiento, sino que en el seno de este deben cumplirse un conjunto de garantías que coloquen al administrado en condiciones apropiadas para hacer valer sus intereses en juego frente a otros que se le opongan, dentro de las cuales está comprendido el ejercicio del derecho a la defensa, en sentido estricto”¹⁹.

V

Ahora bien, el caso sometido a la decisión de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo y resuelto en la antes mencionada sentencia, tuvo su origen en un recurso contencioso administrativo de nulidad que un grupo de abogados del Estado Carabobo intentaron contra un decreto presidencial (acto administrativo) mediante el cual, con base en las potestades reguladas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, se declaró como Monumento Nacional la Plaza de Toros de la Ciudad de Valencia, identificada como “obra arquitectónica denominada ‘Parque Recreacional Sur-Plaza Monumental’, ubicada en la Parroquia Santa Rosa, del Municipio Valencia del Estado Carabobo”.

Los impugnantes alegaron que el acto administrativo recurrido, que la Sala reconoció como acto administrativo de efectos generales, de carácter normativo, violaba una serie de derechos constitucionales y principios del procedimiento administrativo, que la Sala resumió así: “violación al derecho de propiedad, confiscación, debido proceso, libertad, identidad; así como también, los vicios de incompetencia del Presidente de la República que dictó el acto impugnado, desviación de poder, violación del principio de separación de poderes y, violación del principio de legalidad, participación ciudadana, pluralismo político y seguridad jurídica”.

Conjuntamente con la acción de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad intentada, los recurrentes formularon una pretensión de amparo constitucional, la cual fue precisamente la que la Sala Político Administrativa decidió al admitir la acción en la sentencia citada, a cuyo efecto, pasó a considerar únicamente “los derechos o garantías constitucionales susceptibles de ser protegidos por la acción de amparo intentada,” que fueron los derechos constitucionales a la cultura, recreación, educación y libertad; el derecho constitucional al debido proceso; el derecho constitucional a la propiedad; y el derecho constitucional a la participación ciudadana.

A tal efecto, la Sala Político Administrativa, que como se dijo, es el más alto tribunal contencioso administrativo del país, partió de la premisa de reafirmar como antes se ha destacado, sobre la vigencia del derecho constitucional al debido proceso, en relación con las actuaciones administrativas, teniendo en cuenta, por supuesto, que las “actuaciones administrativas” a las que alude el artículo 49 de la Constitución y la propia sentencia de la Sala, no son otras que todas aquellas que desarrollan los órganos y entes de la Administración Pública, cualquiera que sea su jerarquía. Y las autoridades administrativas, por supuesto, para actuar, siempre lo tienen que hacer en ejercicio del Poder Público, es decir, en ejercicio de potestades públicas concretizadas en específicas competencias que deben estar reguladas en la Constitución y las leyes. Por el contrario, las actuaciones administrativas que no se ejerzan en ejercicio de potestades públicas conforme a las normas que regulan las competencias para su ejercicio, no pasan de ser simples vías de hecho, sujetas por supuesto a control judicial, pero que, por su propia patología, se ejecutan sin garantías algunas de debido proceso: por ello son vías de hecho.

¹⁹ Véase Caso: *Presidente del Colegio de Abogados del Estado Carabobo et al vs. Decreto presidencial* No. 664 de fecha 10 de diciembre de 2013, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/172007-01604-261114-2014-2014-0108.HTML>

VI

En el caso sometido a la decisión de la Sala, en efecto, los recurrentes argumentaron sobre la violación al debido proceso que para declarar la Plaza de Toros de Valencia, que es un bien del dominio de la Municipalidad de esa ciudad, como Monumento Nacional, se hizo, como lo resumió la sentencia, fundamentalmente, sin que se tramitara “el correspondiente procedimiento administrativo previo, que garantizara al Municipio Valencia y demás interesados a exponer las razones para poder oponerse al ‘despojo del complejo propiedad del Municipio a favor del Poder Central’”.

También alegaron, vinculado al debido proceso, según se resume en la sentencia, el vicio de “prescindencia total del procedimiento administrativo previo y consulta pública” indicándose que “de conformidad con la Constitución y las leyes nacionales ‘era ineludible para el Presidente de la República consultar a los sectores interesados sobre la regulación de la administración, posesión y custodia de los bienes de dominio público municipal afectados, siendo por ello nulo el decreto cuestionado de conformidad con el encabezado del artículo 140 de la Ley Orgánica de Administración Pública’”.

Sin embargo, frente a estos alegatos y después de la declaración tan tajante de que la garantía del debido proceso se aplica a todas las actuaciones administrativas y por tanto en los procedimientos administrativos tal como lo impone la Constitución, al considerar específicamente el caso, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la misma mencionada sentencia de 26 de noviembre de 2014, afirmó, sin argumentación ni fundamentación alguna, escuetamente, que:

“las actuaciones a que aluden los recurrentes como lesivas obedecieron al ejercicio de la Potestad del Estado, lo que lleva a inferir que no se trataba de un procedimiento en el que necesariamente debía concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas.”

Y nada más, con lo que simplemente negó que se pueda invocar la garantía del debido proceso frente al ejercicio del Poder Público por las autoridades administrativas.

Para llegar a tan absurda conclusión, la sentencia, sin embargo, citó una sentencia precedente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1817 del 28 de noviembre de 2008, en la cual se argumentó en forma general sobre el significado y la importancia de la aplicación de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural para la declaración de “monumentos nacionales” por “su valor para la historia nacional o por ser exponentes de nuestra cultura,” como una forma de tutelar “las manifestaciones culturales que nutren la historia de la República en general y de las comunidades en particular,” y “los derechos de las futuras generaciones en contar con bienes o elementos que forman parte fundamental de esa identidad cultural propia”²⁰. De ello, que nada tiene que ver con la necesidad de negar la garantía del debido proceso en el ámbito de las actuaciones administrativas, la Sala, pura y simplemente, concluyó afirmando que “cualquier declaratoria de monumento nacional constituye una acción tomada en beneficio de la población y en resguardo de la Nación; por tanto, visto el carácter personalísimo del amparo constitucional, debe desestimarse tal alegato. Así se decide”.

Peor motivación, sin duda, es imposible encontrar una sentencia de un Tribunal Supremo para declarar sin lugar una pretensión de amparo constitucional, particularmente cuando se ha alegado violación del debido proceso.

VII

Pero allí está la sentencia, en la cual, quizás sin percatarse -ese es el único beneficio de la duda admisible, pero grave- el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, simplemente desconstitucionalizó la garantía “constitucional” al debido proceso respecto de las actuaciones administrativas, que siempre resultan del ejercicio de potestades públicas o del Estado, habiendo mutado, ilícitamente, la Constitución.

Es decir, a partir de esta sentencia, el debido proceso dejó de ser una garantía constitucional en “todas las actuaciones administrativas” como lo dice el artículo 49 de la Constitución, pues dicha garantía, en palabras del Tribunal Supremo, no tiene vigencia en actuaciones administrativas que obedecen “al ejercicio de la Potestad del Estado”, de lo que la propia Sala dedujo (“lleva a inferir”), que en esas actuaciones el procedimiento que se lleve a cabo no es un “un procedimiento en el que necesariamente deba concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas”

²⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1817-281108-2008-08-0116.HTML>

Tan simple como eso. De un plumazo, la Sala Político Administrativa mutó la Constitución, ignorando por supuesto, que en toda actuación administrativa los órganos y entes de la Administración, desde el Presidente de la República hasta el funcionario de menor jerarquía en la Administración Pública, actúa siempre en “ejercicio de la Potestad del Estado,” y que por tanto, no hay actuación administrativa –salvo las vías de hecho– en las cuales los entes y órganos de la administración no ejerzan una potestad estatal, conforme al ámbito de competencia que la Constitución y las leyes le confieren.

VIII

Es de destacar, por último y de paso, que en su afán por desconstitucionalizar derechos constitucionales en cuanto a su garantía en el ámbito de las actuaciones de la Administración, la Sala Político Administrativa en su sentencia comentada no sólo se limitó a eliminar la garantía constitucional del debido proceso de los procedimientos aplicables a las actuaciones administrativas, sino que también desconstitucionalizó el derecho constitucional a la participación ciudadana.

En efecto los impugnantes habían alegado que el decreto presidencial impugnado se había dictado “sin la debida consulta pública y sin procedimiento administrativo previo,” sobre lo cual la Sala se limitó a considerar que:

“el artículo 62 de la Constitución, en consonancia con los artículos 138, 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, prevén la obligación de los órganos de la Administración Pública de promover la participación popular en la gestión pública y facilitar las condiciones más favorables para su práctica; en función de lo cual se contempló en la citada ley la celebración de una consulta pública que garantice la intervención de las comunidades organizadas y sectores interesados de la sociedad cuando se trate de casos de aprobación de normas “reglamentarias o de otra jerarquía”.

En la misma sentencia la Sala, sin embargo, como se dijo, ya había reconocido el carácter de acto administrativo de efectos generales y de contenido normativo, por tanto, de carácter reglamentario del decreto presidencial, pero sin embargo, lo que resolvió fue desestimar el alegato, declarando, también pura y simplemente, que: “el principio de participación ciudadana no constituye un verdadero derecho subjetivo constitucional susceptible de tutela judicial directa, que pueda ser revisado en la oportunidad de resolver una medida cautelar de amparo constitucional.”

Para desconocer el carácter constitucional del derecho a la participación política, la Sala, simplemente, señaló que supuestamente ello ya lo había expuesto “en anteriores oportunidades”, haciendo referencia a las “sentencias Nos. 607 del 13 de mayo de 2009 y 98 del 28 de enero de 2010”. Sin embargo, en cuanto a la sentencia No. 607 de 13 de mayo de 2009, en la misma nada se resuelve en materia del derecho a la participación política, apareciendo incluso la palabra “participación” en el texto de la sentencia, una sola vez, al referirse a la participación de la Superintendencia de Seguros en ciertas actuaciones de fiscalización respecto de las empresas de seguro, sin relación alguna con el derecho o principio de la participación ciudadana²¹.

Y en cuanto a la otra sentencia citada como “precedente,” la No. 98 de 28 de enero de 2010, en la misma se decidió un amparo cautelar formulado junto con una demanda de nulidad intentada por un conjunto de empresas de promoción inmobiliaria contra una resolución ministerial que había prohibido que en los contratos que tenían por objeto la adquisición de viviendas, se estableciera el cobro de cuotas, alcúotas, porcentajes y/o sumas adicionales de dinero, basados en la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) o de cualquier otro mecanismo de corrección monetaria; y frente al alegato de las impugnantes de que el acto administrativo impugnado se había dictado con “vulneración del principio de participación y lesión del derecho a la participación ciudadana de los productores de vivienda” lo que resolvió la Sala, sin argumentación alguna, fue que los principios: “de reserva legal, competencia, participación ciudadana y confianza legítima o expectativa plausible, y el acatamiento de los criterios vinculantes del Tribunal Supremo de Justicia, [...] no constituyen verdaderos derechos subjetivos constitucionales susceptibles de tutela judicial directa, que puedan ser revisados en la oportunidad de resolver la medida cautelar de amparo constitucional”²².

²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00607-13509-2009-2009-0046>. HTML

²² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/enero/00098-28110-2010-2009-1056>. HTML

Pero sin que el lector sepa el porqué de esas afirmaciones, y menos porqué se mezclan principios del procedimiento administrativo como los de reserva legal, competencia y confianza legítima, con un derecho constitucional previsto entre otros en el artículo 72 de la Constitución, que sin duda es justiciable en amparo como todo derecho constitucional. Sin embargo, de la sentencia citada como “precedente” lo que resultó fue no sólo la negación de la justiciabilidad del derecho a la participación política, contradiciendo una larga tradición jurisprudencial sentada en los lustros anteriores, sino la desconstitucionalización ilegítima del propio derecho a la participación política. Esas son, lamentablemente, las ejecutorias de un Tribunal Supremo cuando ha sido sometido al poder, y actúa al servicio del autoritarismo²³.

²³ Véase sobre ello 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*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418..

49. LA INCONSTITUCIONAL CONFUSIÓN E INVERSIÓN DE ROLES EN EL ESTADO TOTALITARIO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL ACTUANDO COMO “CONSULTOR JURÍDICO” DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO EN LA EMISIÓN DE UN “DICTAMEN” SOBRE LA “LEY DEL 2014 DEL SENADO DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIEDAD CIVIL DE VENEZUELA”

Revista de Derecho Público, N° 141, enero-marzo 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 191-202

Resumen: *Este comentario se refiere a la sentencia N° 100 de fecha 20 de febrero de 2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo rechazando la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” del Senado de los Estados Unidos de América el 8 de diciembre de 2014, emitida como una “opinión jurídica” a requerimiento del Poder Ejecutivo, como si el Tribunal Supremo fuese consultor jurídico del mismo.*

Palabras Clave: *Tribunal Supremo de Justicia. Competencia.*

Abstract: *This comments refers to ruling N° 100 of February 20, 2015 issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, as a “legal opinion” and acting as if it were the “legal counsel” of the Executive, rejecting the “Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014” sanctioned by the United States Senate on December 8, 2014.*

Key words: *Supreme Tribunal of Justice. Jurisdiction.*

I. LA FALLA MANIFIESTA EN LA CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES EXTERIORES POR PARTE DEL JEFE DE ESTADO, Y LA SOLICITUD AL TRIBUNAL SUPREMO DE LA EMISIÓN DE UN “DICTAMEN” SOBRE LA “LEY DEL 2014 PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIEDAD CIVIL DE VENEZUELA” DE LOS ESTADOS UNIDOS

Tal como lo dispone el artículo 236 de la Constitución, si hay alguna función del Estado cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Presidente de la República en su carácter de Jefe de Estado (art. 226), además de “dirigir la acción del Gobierno” (ord. 2), es la de “dirigir las relaciones exteriores de la República” (ord. 4).

Por ello, con ocasión de la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América el 8 de diciembre de 2014, de la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” (*Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014*),¹ cualquier observación, reacción o protesta del Estado venezolano en relación con la misma, correspondía se expresada y manifestada por el Presidente de la República como Jefe de Estado, correspondiendo además al Ministro de Relaciones Exteriores, como órgano inmediato del Presidente como Jefe del Ejecutivo Nacional (arts. 226 y 242), la preparación de cualquier comunicado oficial en relación con dicha Ley.

Dicha Ley, como lo resumió el Viceprocurador de la República en escrito de 11 de febrero de 2015, que se comenta más adelante, está “dirigida a imponer sanciones a cualquier funcionario actual o anterior, o cualquier persona que actúe en representación del gobierno venezolano, que haya perpetrado o sea

¹ Véase el texto de la Ley en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s2142/text>. Véase la información sobre su sanción en: <http://cnnespanol.cnn.com/2014/12/09/senado-de-ee-uu-aprueba-proyecto-que-contempla-sanciones-contramiembros-del-gobierno-de-venezuela/>

responsable por ordenar o dirigir actos de violencia o de abusos de los derechos humanos en Venezuela, contra las personas que participaron en las protestas antigubernamentales que iniciaron el 4 de febrero de 2014 y de futuros actos de violencia similares.”

Correspondía por tanto al Poder Ejecutivo de la República, si era el caso, protestar ante el gobierno de los Estados Unidos sobre dichas sanciones. Sin embargo, sobre el ejercicio de dicha función, lo que se conoce es la expresión pública de quien ejerce la jefatura del Estado, Sr. Nicolás Maduro, manifestada el día siguiente de la sanción de dicha Ley en los Estados Unidos, el 9 de diciembre de 2014, indicando que “Los insolentes senadores norteamericanos aprobaron una ley y que para sancionar a Venezuela, y preguntándose: “¿quién es el senado de EEUU para sancionar a la patria de Bolívar?”, para en definitiva limitarse a pedir respeto a EEUU, indicando que “No aceptamos sanciones, es la patria de Bolívar que ustedes tienen que aprender a respetar”².

Días después de esas manifestaciones, según reportó el 19 de diciembre de 2014 el diario *La Izquierda Diario*:

“apenas se diera a conocer el dictamen del mandatario estadounidense, Nicolás Maduro afirmó que Obama, ha dado “un paso en falso” en contra de Venezuela: “Repudio las insolentes medidas tomadas por la Elite Imperial de los Estados Unidos contra Venezuela”. Antes de la decisión de Washington de normalizar sus relaciones con Cuba, Maduro encabezó el lunes 15 una concentración en la que invitó a Estados Unidos a “meterse su visa, donde tiene que meterse la visa”³.

En las semanas siguientes no se conoció de ninguna “Nota diplomática” de protesta ni de alguna otra respuesta oficial y razonada del Estado venezolana presentada ante el gobierno de los Estados Unidos de América, y lo único que se conoce fue el discurso del Sr. Maduro ante el Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de la apertura del año judicial de 2015, pronunciado el día 2 de febrero de 2015, en el cual según reseña de *Infocifras*:

“solicitó al Tribunal Supremo de Justicia la *elaboración de un dictamen contra las sanciones impuestas* por el gobierno de Estado Unidos sobre algunos funcionarios del gobierno nacional.

“Creo necesario un dictamen en relación a las pretendidas sanciones ante el Congreso de EE UU”, dijo Maduro.

Durante el discurso de apertura del año judicial 2015, el jefe de Estado señaló que la sanción del Senado estadounidense pasa “por encima del Poder Judicial y de nuestra Constitución (...) me pregunto si el congreso de EE UU tiene jurisdicción sobre Venezuela para dictar leyes” se cuestionó Maduro.

Instó a los magistrados a utilizar sus “facultades autónomas”, como poder de la República, para emitir opiniones y sentencias sobre el marco de las leyes internacionales, al tiempo que hizo un llamado a promover la discusión en las bases de la organización popular”⁴.

Luego, el 4 de febrero de 2015, el mismo Presidente de la República anunció lo que sin duda ya sabía, en un discurso en la Universidad Militar de Venezuela, indicando que: “la titular del Tribunal Supremo de Justicia, Gladys Gutiérrez, le dijo que *acogía su idea de rechazar las sanciones* de Estados Unidos a funcionarios del gobierno y enviar magistrados a países de América Latina para denunciar la injerencia”, anunciando que “Muy pronto el alto tribunal dictará una sentencia histórica sobre la pretendida ley de sanciones del Congreso de Estados Unidos, repudiándola, rechazándola”⁵.

Es decir, ni más ni menos, el Jefe de Estado, en lugar de ejercer sus funciones constitucionales, lo que hizo simplemente fue quizás solicitarle al Tribunal Supremo de Justicia, como si se tratara de una dependencia jerárquica más del Poder Ejecutivo, la elaboración de un “dictamen” sobre la Ley aprobada por el Senado de los Estados Unidos, como si dicho Supremo Tribunal fuese la “consultoría jurídica” del Poder Ejecutivo, o aceptar que el Tribunal Supremo jugara ese rol, confirmando con ello la unicidad y concentración total del Poder en el Estado Totalitario que existe en el país⁶.

² Véase en: <http://versionfinal.com.ve/principales/maduro-encabeza-ascenso-de-oficiales-tecnicos-de-la-fuerza-armada/>

³ Véase en: <http://www.laizquierdadiario.com/Estados-Unidos-aprueba-sanciones-al-gobierno-de-Maduro>

⁴ Véase en *Infocifras*, 2 de febrero de 2015, en: <https://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2015/02/02/maduro-exige-dictamen-del-ts-j-contrasanciones-de-ee-uu/>

⁵ Véase -Maduro anuncia que TSJ emitirá sentencia contra sanciones de Estados Unidos-, en *El Nacional*, 5 de febrero de 2015, en: http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-TSJ-sentencia-sanciones-Unidos_0_568743296.html

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y Desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

En virtud de dicha solicitud-orden dada por quien ejerce la Jefatura del Estado al Tribunal Supremo, para que emitiera el “dictamen” indicado, la implementación de la misma se concretó con la solicitud formulada la semana siguiente, el día 11 de febrero de 2015, ante la Sala Constitucional del mismo, por el “Viceprocurador General de la República,” bajo la forma de una *“demanda de interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución.”* La Procuraduría General de la República, en efecto, es el órgano del Poder Ejecutivo encargado de “asesorar, defender y representar, tanto judicial como extrajudicialmente, los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República” (art 247); competencia que al decir de la Procuraduría, para fundamentar su legitimación para interponer demandar, *“no se limita a la defensa de un patrimonio susceptible de estimación económica de la República, sino que el mismo debe ser entendido en su amplia acepción, es decir, en su latu sensu tal como lo expresa el artículo 1 de la Constitución, el cual es objeto del presente recurso de interpretación”*.

Y así fue entonces cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo procedió a cumplir la orden que le había dado el Jefe de Estado, abocándose a la elaboración del “dictamen” jurídico que le había sido solicitado-ordenado, encubriéndolo, sin embargo, bajo la forma de una “sentencia” que es la N° 100 de fecha 20 de febrero de 2015⁷, de supuesta interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que establecen es lo siguiente:

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.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Artículo 322. La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

Por supuesto, de todo lo anterior, *primero*, basta leer dichas tres normas para evidenciar, como el propio Viceprocurador General de la República lo expresó en su demanda, que *“los artículos objeto de interpretación, establecen claramente que, la República Bolivariana de Venezuela, es libre e independiente, siendo que dicha independencia está fundamentada en la defensa de su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad y paz internacional, cuyos derechos son irrenunciables, que no permiten injerencias externas, en atención al derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación, principio fundamental del Derecho Internacional Público que tiene carácter inalienable, lo que sin duda constituye una reafirmación de la independencia como elemento esencial de la existencia del Estado, como soberano y libre de toda dominación o protección de potencia extranjera;”* y *segundo*, basta leer la sentencia para percatarse que la misma en nada está destinado a “interpretar” las tres normas citadas. Su objeto y contenido es otro, ni más ni menos, que expresar lo que debió haber hecho el Ejecutivo Nacional, por lo que independientemente de las razones o no para rechazar la mencionada ley extranjera, la sentencia está viciada de usurpación de funciones, y es nula de nulidad absoluta e ineficaz (art. 138 de la Constitución).

Por lo demás, de la misma petición formulada por el Viceprocurador, se evidencia que nada alegó sobre supuesta “ambigüedad o carencia” de dichas normas constitucionales, que hubiera podido generar dudas en cuanto a su contenido y alcance, para que ameritasen una interpretación constitucional por parte del Tribunal Supremo.

Por ello, precisamente, la sentencia de la Sala Constitucional No. 100 de 20 de febrero de 2015, nada “interpretó” en relación con dichas normas, habiéndose limitado en realidad a expresar el “dictamen” jurídico cuya redacción correspondía al Poder Ejecutivo, y que éste le había solicitado.

⁷ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174494-100-20215-2015-15-01 42.HTML>

II. LA VÍA ESCOGIDA PARA LA EMISIÓN DEL DICTAMEN “EJECUTIVO” SOLICITADO POR EL PODER EJECUTIVO A LA SALA CONSTITUCIONAL: UNA FALSA “DEMANDA” DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, PERO SIN ARGUMENTO INTERPRETATIVO ALGUNO

La vía para obtener del tribunal Supremo de Justicia el dictamen solicitado-ordenado, fue un supuesto recurso de interpretación constitucional intentado en relación con los mencionados artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, lo cual era falso, pues como lo expresó el propio Viceprocurador en su demanda, las mismas “*establecen claramente*”, los dos primeros, la “*declaración de Venezuela como una República libre e independiente, siendo el pueblo el que ostenta la soberanía, y el último referente a la Seguridad de la Nación*”⁸. Sobre esas normas, por tanto, por su claridad, nada había que interpretar.

Sin embargo, contradictoriamente, el mismo funcionario, por orden del Presidente de la República, intentó la demanda de interpretación constitucional de dichas normas, argumentando sobre una supuesta “incertidumbre jurídica” que le surgía “*acerca del alcance del contenido*” de las mismas, como “*consecuencia*” de la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América, el 8 de diciembre de 2014, de la “*Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela*” [*Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014*]; considerando que con ello existiría una “*duda razonable relativa al contenido y alcance*” de las normas, pues dicha Ley extranjera estaba:

“*dirigida a imponer sanciones a cualquier funcionario actual o anterior, o cualquier persona que actúe en representación del gobierno venezolano, que haya perpetrado o sea responsable por ordenar o dirigir actos de violencia o de abusos de los derechos humanos en Venezuela, contra las personas que participaron en las protestas antigubernamentales que iniciaron el 4 de febrero de 2014 y de futuros actos de violencia similares, previendo para ello, que el Presidente de ese país impondrá a las personas que él determine, las siguientes sanciones: Bloqueo de Activos, [...] ubicados en los Estados Unidos de América, [...]; Exclusión del país, rechazo de una visa, revocatoria de la inmigración o nacionalidad de conformidad con la Ley que regula la materia migratoria de ese país, u otra documentación del extranjero*” [...]. Adicionalmente, dicha Ley prevé que cualquier persona que viole o intente violar cualquier autorización, resolución judicial o prohibición, establecida en ese texto legal” (sic).⁹

Sobre estas sanciones previstas en una Ley extranjera, que el representante de la Procuraduría consideró que “ni siquiera tienen una clara intención de castigo, pues ellas se traducen en medidas que ya corresponden al Ejecutivo norteamericano por aplicación ordinaria de su ordenamiento jurídico”, el mismo funcionario estimó en cuanto a la Ley, que la misma era un “*acto del Poder Legislativo de un gobierno extranjero cuyos efectos recaen de manera selectiva sobre ciudadanos venezolanos, en razón del ejercicio de funciones públicas en nuestro país*”. Ello, precisamente, a juicio del Procurador, constituía la “*situación jurídica concreta y específica*” necesaria para poder plantear el recurso de interpretación constitucional ante el Tribunal Supremo, de unas normas que establecían claramente lo que indicaban, lo que fundamentó aduciendo que:

“*Este acto legislativo, así como las potenciales consecuencias de su aplicación, la difusión mediática que se le ha pretendido dar y las declaraciones y opiniones del Gobierno Norteamericano al respecto, conforman un ambiente político en la comunidad internacional y una visión económica de la República Bolivariana de Venezuela que vulnera la realidad y somete a juicio la institucionalidad del Estado venezolano*”.

Agregó el Procurador, que, si bien su recurso no tenía por objeto “precisar la constitucionalidad de la mencionada Ley norteamericana, menos aún a la luz de un Derecho foráneo”, consideró que el señalamiento en dicha Ley extranjera de “responsabilidad por la comisión de delitos de lesa humanidad por funcionarios venezolanos, en territorio venezolano”, a los cuales se impondrían “las sanciones descritas en la mencionada Ley”, si bien:

“*no tiene efecto jurídico alguno en la República Bolivariana de Venezuela, ni en ningún otro país del mundo, si repercute en la imagen de dicho funcionario, con ocasión del ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, afecta negativamente la percepción de legitimidad e institucionalidad de ciudadanos venezolanos respecto del Poder Público venezolano, fundamentándolo además en un falso matiz de legalidad*”.

⁸ En el texto de esta segunda parte se conservan en cursiva las referencias al escrito de demanda del Viceprocurador, según se reseña en el propio texto de la sentencia N° 100 de la sala Constitucional de 20 de febrero de 2015.

El Procurador continuó fundamentando sobre la situación fáctica que originó su demanda, indicando que en definitiva, la mencionada Ley dictada en un país extranjero tenía *“como objeto señalar a Venezuela ante la comunidad mundial, como una Nación que por decisión de su gobierno, o quien detenta el poder, comete tropelías y desmanes que conculcan los derechos humanos del pueblo venezolano”* donde se ha producido *“la presunta acumulación de poder en el Poder Ejecutivo, trayendo como consecuencia el deterioro de las garantías a los derechos humanos que a juicio de ese instrumento han permitido al gobierno nacional intimidar, censurar y enjuiciar a todas aquellas personas que lo han criticado”*.

Ello, consideró el Procurador que generaba:

“una visión distorsionada del Estado venezolano, de su Gobierno, del Poder Público constituido legítimamente, tratando de generar como consecuencias, dentro del país y en la comunidad internacional: desconfianza; sensación de inestabilidad política, económica y social; falta de institucionalidad y Estado de Derecho; ausencia de derechos públicos y de los órganos para su garantía y control; etc. En resumen, el caldo de cultivo para argumentos como el de ‘Estado forajido’ y la inminencia de una intervención internacional”.

En definitiva, el representante de la Procuraduría consideró que *“aun cuando la jurisdicción de la Ley norteamericana ciertamente no alcanza nuestro territorio”* sin embargo, estimó que *“tras el bastidor de una presunta actuación institucional del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica”*, en realidad se escondía, *“un ataque contra la existencia misma del Estado venezolano, sus instituciones y su pueblo;”* agregando finalmente que a pesar de que las mencionadas normas sancionatorias parecieran tener un carácter programático, su contenido representa para el Estado venezolano una injerencia en sus asuntos internos, vulnerando su soberanía, dado su ensañamiento contra los funcionarios que ejercen altos cargos del Poder Público Nacional.

Todo lo anterior, a juicio del representante de la Procuraduría, configuraban los:

“argumentos fácticos que contextualizan la situación en la cual se ha colocado al Estado venezolano como consecuencia de actuaciones presuntamente legítimas del Poder Legislativo de un gobierno extranjero, habilitando a su vez al Poder Ejecutivo a realizar actos en menoscabo de la soberanía, la autodeterminación, la independencia y otros valores superiores de la República Bolivariana de Venezuela”.

De ello entonces dedujo el representante de la Procuraduría General, que *“el actual escenario genera una profunda duda respecto de la actuación que debe tener el Estado venezolano ante una situación como la generada por la Ley”* [“Ley de Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela por los EE.UU.”], todo lo cual evidenciaban unas:

“circunstancias excepcionales de las que derivan una duda razonable de intromisión de un Estado extranjero en los asuntos internos de Venezuela, pretendiendo vulnerar su soberanía y los derechos como Nación a la independencia, la libertad, y la autodeterminación nacional, poniendo en riesgo la seguridad de la Nación”.

Y precisamente para “despejar” esa duda, fue que la Procuraduría solicitó de la Sala Constitucional la *“correcta interpretación de la extensión de los preceptos constitucionales que desarrollan dichos principios, esenciales a la existencia misma del Estado venezolano”* pues *“aunque la Ley mencionada no modifica aspectos del ordenamiento jurídico nacional, sus efectos pueden llegar a vulnerar caracteres esenciales al Estado venezolano mismo, como la libertad, la independencia, la igualdad, la justicia y la paz internacional;”* agregando finalmente como conclusión que;

“la mencionada Ley extranjera se inmiscuye en asuntos internos de la República, siendo necesaria la guía doctrinaria de esa digna Sala para precisar de forma infalible el valor de los preceptos constitucionales a la hora de determinar la existencia de las conductas distorsionadas que ya se han explicado, por parte de potencias extranjeras, con pretensiones de dirección de los destinos de un país. Ello seguramente resguardará la actuación del Poder Público, en su conjunto, frente a las particularidades de las situaciones planteadas”.

Esta conclusión la completó el Procurador, luego de constatar que la Constitución *“ampara los derechos humanos de los habitantes de la República”*, preguntándose entonces primero, sobre:

“cómo puede un instrumento jurídico dictado por una autoridad gubernamental extranjera, regular supuestos de hechos que conlleven consecuencias jurídicas como sancionar a funcionarios públicos actuales o anteriores, así como a representantes del gobierno venezolano o que tengan relación con estos, violentando de esta manera la soberanía nacional y el principio de la autodeterminación de los pueblos previstos en nuestra Carta Magna”.

Y segundo sobre

“si el Senado de los Estados Unidos de Norteamérica tiene jurisdicción para dictar leyes que sancionen a nacionales de otros Estados, sobre presuntos delitos ocurridos en el territorio de dichos Estados, que presuntamente afectan a los nacionales de dichos Estados y que deben ser perseguidos y castigados en éstos, si resultare procedente de las debidas averiguaciones”.

En definitiva, de esto resulta que lo que el Viceprocurador requirió del Tribunal Supremo, no fue realmente una interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que según él mismo “establecen claramente” lo que disponen, sino que decidiera sobre cuál es el sentido y alcance de la competencia que tienen los órganos legislativos y ejecutivos de un Estado extranjero, conforme a sus propias leyes, para dictar los actos jurídicos que las mismas prevén; todo lo cual fue reconocido por la propia Sala Constitucional al admitir la solicitud de interpretación formulada, y declararla de mero derecho, con base en hechos que:

“se vinculan al instrumento llamado como “ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014” y a otras actuaciones desplegadas por los Estados Unidos de América, con incidencia directa en todo el Pueblo venezolano, en su Estado y en la Comunidad Internacional”.

III. EL VERDADERO SENTIDO DEL SUPUESTO PROCESO JUDICIAL DE “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL,” QUE EN REALIDAD ERA JUZGAR Y CONDENAR, EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES, LA COMPETENCIA DE OTROS ESTADOS PARA DICTAR SUS PROPIAS LEYES

Precisamente por el sentido de la petición formulada por el Viceprocurador General de la república, la propia Sala Constitucional, desde la primera línea de la parte motiva de su sentencia, aun cuando identificó el asunto que se le sometió a su consideración, como “la interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a la aprobación del documento denominado *“ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014”* y otras acciones emprendidas por autoridades de los Estados Unidos de América, con relación al Pueblo y al Estado venezolano;” en realidad lo que constató es que no se encontraba:

“ante una solicitud ordinaria de interpretación constitucional, sino ante una solicitud de interpretación por ordenación implícita encauzada a la protección y resguardo de la vigencia y efectiva aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (?).

En todo caso, precisamente por ello, la Sala Constitucional en su sentencia identificó el objeto del proceso con base en los fundamentos aducidos, no como un proceso de interpretación constitucional, sino como una tarea en la cual además de “formular el examen y estudio en el plano jurídico a los fines de resolver el requerimiento jurisdiccional presentado”, se trataba de:

“advertir ante la comunidad internacional, respetuosa del derecho, la justicia y la paz, la violación de las costumbres y normas del Derecho Internacional, derivadas del instrumento llamado “ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014”, aprobado por los Estados Unidos de América, junto a otros actos similares de hostilidad provenientes de autoridades y poderes de ese Estado, interviniendo en los asuntos internos del Estado venezolano, empleando como justificación supuestas violaciones a los derechos humanos ocurridas en la República Bolivariana de Venezuela”.

Para ello, la Sala Constitucional, de entrada, en la parte motiva de su sentencia-dictamen, anunció que su fallo, además, perseguía:

“el deber humano de reivindicar los derechos de todos los pueblos que históricamente han sido víctimas de acciones injerencistas e irrespetuosas y, al mismo tiempo, alzar la voz de la conciencia jurídica universal para que cese toda acción que atente contra el Derecho Internacional, el Derecho de los pueblos y la humanidad”.

Con base en estas premisas y luego de destacar como “punto previo” la paradoja que a juicio de la Sala surgía de unas acciones externas (como las derivadas de la ley extranjera) que “sustentan a la ligera en la protección del Pueblo venezolano,” pero que a la vez “atentan contra la ordenación social, política, económica y jurídica que el mismo se ha dado legítimamente, en fin, contra su libre determinación, su soberanía, su independencia y su democracia”, la misma pasó a transcribir *in extenso* los “textos declarativos del Derecho Internacional, atinentes a los Derechos Humanos y a los derechos de los pueblos, así como a algunos principios ordenadores de las relaciones de la comunidad internacional”, y entre ellos, los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Carta de la Naciones Unidas, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, así como diversas normas de Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. De todas esas normas, la Sala dedujo, de entrada, del “examen jurídico” que la ocupaba, “las graves violaciones del orden que vincula jurídicamente a los Estados Unidos de América con la República Bolivariana de Venezuela y, en general, con la comunidad internacional”.

Luego pasó la Sala, en su sentencia, a analizar “los principios de soberanía, independencia e igualdad soberana, como “conceptos interrelacionados”, y sobre su significado que tienen en el mundo contemporáneo con abundantes citas doctrinales, concluyendo sobre la soberanía, que “ningún país debe imponer a otros, por su sola voluntad, sin el consentimiento de éstos, disposiciones jurídicas que vinculen a sus nacionales fuera del ámbito territorial del Estado transgresor, y lo contrario vulneraría gravemente las normas que reconocen el derecho de soberanía de los Estados;” y sobre la independencia e igualdad, “que ningún Estado puede arrogarse o ejercer en solitario potestades que a todos los Estados les corresponde y que están asociadas al establecimiento de un conjunto de normas que vinculan tanto a las personas naturales como jurídicas que sean nacionales de dicho Estado, y a la efectividad de dichas normas dentro de su territorio, tanto a nacionales como a extranjeros, salvo las excepciones que el propio Derecho internacional reconoce”.

Seguidamente la Sala pasó a transcribir y analizar otro conjunto de normas internacionales, específicamente de la “Declaración sobre la inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados Protección de su Independencia y Soberanía” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1965); de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo 1933); de la Carta de la Organización de los Estados Americanos –OEA– (1948); de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas contentiva de la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (1970); de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, adjunta a la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970; destacando de todos estos instrumentos que “el Derecho Internacional consagra, desde tiempos remotos, los principios de no intervención directa o indirecta, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”.

Luego de citas doctrinales sobre el mismo tema, la Sala para “la delimitación fáctica que motivó la solicitud que aquí se resuelve”, se refirió al fenómeno “denominado por varios sectores de la filosofía como la inversión de los derechos humanos [...] en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos”, refiriéndose en particular a una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, “en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América), fallo del 27 de junio de 1986, [que] decidió que los Estados Unidos de América actuaron en perjuicio de la República de Nicaragua (<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>)”, destacando en especial de dicho fallo internacional, lo resuelto “sobre el principio de no intervención.” Sobre este principio, además, la sentencia de la Sala hizo mención de “las 23 resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en las que solicitan con aprobación de mayoría contundente de los países que la integran, el fin del bloqueo económico impuesto por Estados Unidos a la República de Cuba”.

De todo el análisis efectuado de los diferentes instrumentos internacionales antes mencionados, tal y como se tratara –como en efecto se trató de un dictamen jurídico de un órgano ejecutivo a cargo de la conducción de las relaciones exteriores de la República– la Sala se refirió a “los principios que orientan las relaciones internacionales tales como la independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad”, concluyendo la Sala, sin más, “que el instrumento dado a conocer como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, vulnera precisamente los axiomas básicos del Derecho Internacional”, y “viola el principio de igualdad soberana entre los Estados, según el cual estos poseen, en el plano jurídico internacional, los mismos deberes y derechos”. De todo ello, consideró la Sala, en consecuencia, que:

“el acto legislativo extranjero referido por la parte solicitante, además de representar un abierto quebrantamiento de la aludida prohibición al constituir una intervención en asuntos de la jurisdicción interna del Estado venezolano, principalmente carece de validez y efectividad en tanto los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela. En tal virtud, encuentra esta Sala Constitucional que es absolutamente nula la ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales, del acto o documento extranjero aludido en la solicitud presentada ante esta Máxima Instancia de la Jurisdicción Constitucional”.

Finalizó su argumentación la Sala, transcribiendo los diversos Comunicados de organizaciones internacionales en apoyo del Estado de Venezuela, como los emitidos por la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) (10-2-2015); la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), y el Movimiento de Países No Alineados (MNOAL), considerando que esas manifestaciones “constituyen el testimonio de la solidaridad entre los pueblos que profesan volitivamente el respeto al Derecho, y que luchan por alcanzar el bienestar general, ajenos a cualquier intento de dominación o neocolonialismo”.

En el resto de la parte motiva de la “sentencia”, la Sala reiteró repetidamente las mismas apreciaciones sobre los principios de soberanía, independencia, igualdad y no intervención, refiriéndose además a los principios de seguridad de la Nación, y a que “resulta injustificable e inaceptable que un país procure legislar y sancionar fuera de las fronteras del mismo;” a las “repudiables actuaciones injerencistas” que se hacen en nombre de la ley extranjera; a que “ningún otro Estado tiene potestad para imponerle al pueblo venezolano ordenamiento jurídico o establecerle una forma de pensar y autodeterminarse política, jurídica y socialmente en general;” a que “la actuación unilateral que aquí se objeta, tiene como irrito propósito alterar la forma política del pueblo y del Estado venezolano;” y en fin, a que por su rol de “máximo y último garante jurisdiccional del orden constitucional y de los derechos” de los venezolanos, “tiene el deber fundamental de tutelar la voluntad del Pueblo y condenar cualquier acción que atente contra ellos, en este caso, las acciones injerencistas del Congreso y del Ejecutivo estadounidense, que con ellas han llevado a esas instituciones por el camino de la antijuridicidad y la ilegitimidad, para deshonorra del pueblo al cual se deben”.

Todo ello siguiendo parcialmente lo argumentado contradictoriamente por el Viceprocurador solicitante del pronunciamiento de la Sala Constitucional, quien en su “demanda”, por una parte expresó que “*la mencionada Ley extranjera se inmiscuye en asuntos internos de la República*”; y por la otra fue reiterativo en considerar que la mencionada Ley extranjera: “*no tiene efecto jurídico alguno en la República Bolivariana de Venezuela, ni en ningún otro país del mundo*”; y “*no modifica aspectos del ordenamiento jurídico nacional*”.

IV. LA “SENTENCIA INTERPRETATIVA” QUE NADA INTERPRETÓ Y MÁS BIEN, SE CONFIGURÓ COMO UNA MANIFESTACIÓN POLÍTICA DEL ESTADO QUE SOLO PODÍA EMANAR DEL PODER EJECUTIVO

De todo lo expuesto a lo largo de la parte motiva de la sentencia, ninguna línea ni párrafo de la misma lo destinó la Sala a considerar posibles ambigüedades o carencias de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que ameritasen ser interpretados; ni ejercicio alguno de interpretación de dichas normas, siendo su contenido pura y simplemente, un pronunciamiento del Estado venezolano en materia de relaciones internacionales que constitucionalmente sólo el Poder Ejecutivo podía hacer.

Por ello, la apreciación final de la Sala Constitucional sobre “la manifiesta ilegitimidad”, nacional e internacional, de la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, y de las acciones emprendidas por los Estados Unidos de América en contra del Estado venezolano,” las cuales consideró como una “circunstancia generadora de responsabilidad interna e internacional de ese Estado y las autoridades respectivas, ante su pueblo y ante la Comunidad de Naciones”, generando, esos “hechos ilícitos internacionales”, entre otros, los siguientes “derechos del Estado objeto de perjuicios”:

“(1) denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional”.

Con base en todo ello, la sentencia-dictamen, en lugar de interpretar los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que era lo que se la había solicitado por el Viceprocurador General de la República, lo que hizo fue concluir con el siguiente pronunciamiento, como si se tratase de una Nota diplomática o de un Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores:

“1. Que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

2. Que la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, del Estado venezolano y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbres y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas irritas y lamentables acciones de agresión.

3. Que esas acciones injerencistas generan responsabilidad internacional para los Estados Unidos de América y para las autoridades respectivas que las han desplegado o han ayudado a desplegarlas; incluso, pudieran generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

4. Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional”.

Y nada más, salvo ordenar la remisión de copia de la sentencia a los otros Poderes Públicos, y su publicación en la *Gaceta Oficial*, con indicación de lo siguiente en el “sumario” respectivo:

“Sentencia que declara que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales”⁹.

Basta leer estas resoluciones de la Sala Constitucional para constatar la inversión o confusión de roles que con ella se han producido en el Estado Totalitario que existe en Venezuela, caracterizado por un sistema de concentración y unicidad del Poder Público, en sustitución de la separación de Poderes, de manera que la condena razonada del Estado venezolano respecto de las acciones de un Estado extranjero que se consideran lesivas a la República, no se emite por el Poder Ejecutivo sino por el Poder Judicial¹⁰.

⁹ Si se hubiese tratado de una sentencia interpretativa, el texto informativo para el -Sumario- de la *Gaceta Oficial* debió haber sido el que sin embargo está en el -portal- de Internet del Tribunal Supremo (<http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>) al informar sobre el Expediente N° 15-0142 y sobre la sentencia N° 100, que tiene el siguiente texto: -Se interpretan los artículos 1,5 y 322 de la Constitución Nacional-, lo que evidentemente es falso y contradice el verdadero contenido de la sentencia que es el que precisamente su mismo texto se ordena anunciar en la *Gaceta Oficial*.

¹⁰ Por ello, incluso, el propio titular del diario *El Universal* del día 20 de febrero de 2015, donde se recoge la rueda de prensa dada por la Presidenta del Tribunal Supremo, anunciando la sentencia, que indica: -TSJ rechazó sanciones de EEUU por vulnerar el derecho internacional,- expresando la reseña del periodista Víctor la Cruz que: -La Sala

Con la sentencia, la Sala no sólo cumplió como supuesto órgano dependiente, la orden que le dio el Presidente de la República de emitir un dictamen en el cual se condenara la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América de la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” y las actividades desplegadas por el Poder Ejecutivo de ese país en ejecución de la misma, lo que conforme a la Constitución es una competencia que sólo puede ejercida por el propio Poder Ejecutivo; sino que al prestarse para esta maniobra, violó su propia competencia en materia del recurso de interpretación constitucional, al dictar una sentencia-dictamen en la cual nada se interpreta respecto de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, como supuestamente se le había “solicitado,” y que por su claridad, nada contenían que pudiera ser objeto de interpretación.

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) condenó las acciones injerencistas del Congreso y del ejecutivo de Estados Unidos (EEUU), por las sanciones que impusiera ese país a algunos funcionarios venezolanos, por su presunta participación en violación de derechos humanos-. Véase en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/150220/tsj-rechazo-sanciones-de-eeuu-por-vulnerar-el-derecho-internacional>

50. LA CONDENA AL ESTADO EN EL CASO GRANIER Y OTROS (RCTV) vs. VENEZUELA, POR VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE DIVERSAS GARANTÍAS JUDICIALES.

Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra.

Revista de Derecho Público, N° 143-144, julio-dic. 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 409-437

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Granier (RCTV) vs. Venezuela, de condena al Estado por violación de la libertad de expresión y de las garantías judiciales, y su declaración de “inejecutabilidad” en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en violación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.*

Abstract: *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Valor de sus decisiones; Libertad de expresión.*

Palabras Clave: *This article analyzes the Inter-American Court on Human Rights decision in the case Granier (RCTV) vs. Venezuela, condemning the State for the violations of freedom of expression and the judicial guaranties, and its declaration of non-enforceability in Venezuela by the Constitucional Chamber of the Supreme Tribunal*

Key words: *Inter-American Court on Human Rights. Decisions. Freedom of Expression.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de 22 de junio de 2015, dictada en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*,¹ condenó al Estado venezolano:

primero, por restringir indirectamente el derecho a la libertad de expresión de accionistas, directivos y periodistas del canal *Radio Caracas Televisión* (“RCTV”), en violación de los artículos 13.1 y 13.3 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana;

segundo, por violar, en perjuicio de las víctimas, el artículo 13 en relación con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana;

tercero, por violar el derecho a un debido proceso, previsto en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en los procedimientos de transformación de los títulos y renovación de la concesión en perjuicio de las víctimas;

cuarto, por violar el derecho al plazo razonable, previsto en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el proceso contencioso administrativo de nulidad intentado por las víctimas y en el trámite de la medida cautelar innominada en el marco del mismo; y

quinto, por violar los derechos a ser oído y al plazo razonable, contenidos en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el trámite de la demanda por intereses difusos y colectivos que se había intentado en perjuicio de las víctimas (párr. 419).

La sentencia puso así fin a la causa que había sido iniciada ante la Corte en febrero de 2013 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la denuncia que le había sido formulada en febrero de 2010, por los profesores Carlos Ayala Corao y Pedro Nikken en representación de accionistas,

¹ Véase en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

directivos y periodistas del canal *Radio Caracas Televisión* (“RCTV”), alegando la violación por parte del Estado de la libertad de expresión de las víctimas, al decidir, en 2007, no renovarle la concesión de radio-difusión a la empresa que le había sido originalmente otorgada en 1953, hecho que había venido siendo anunciado por funcionarios gubernamentales desde 2002, con motivo en la línea editorial del canal que había sido adversa al gobierno.

En su demanda, la Comisión consideró que dicha decisión estaba viciada de desviación de poder, y había sido dictada además, en violación del derecho a la igualdad y no discriminación, al debido proceso y a la protección judicial de las víctimas; alegando además, que la sentencia cautelar que había sido dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en ese mismo año 2007, mediante la cual se puso en posesión al Estado, sin proceso alguno, todos los bienes de propiedad de la empresa, había violado el derecho de propiedad de las víctimas.

Después de desarrollado el proceso con la participación activa del Estado, al decidir sobre responsabilidad del mismo por las violaciones cometidas contra los derechos de las víctimas, dispuso *primero*, que el Estado debía restablecer la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión (párr. 380, 419);

segundo, que para que la anterior medida no sea ilusoria y sin que ello supusiera un pronunciamiento sobre el derecho a la propiedad, el Estado debía devolverle a RCTV los bienes que le habían sido incautado mediante medidas cautelares, por considerar la Corte que eran elementos indispensables para la efectiva operación de la concesión (párr. 381);

y *tercero*, que una vez efectuado el restablecimiento de la concesión a RCTV, el Estado debía en un plazo razonable ordenar la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones o la norma interna vigente para tales efectos (párr. 382, 419).

Adicionalmente la Corte decidió, *cuarto*, que el Estado debía hacer público el texto de la sentencia en la prensa y en el sitio web de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) (párr. 386, 419); *quinto*, que el Estado debía tomar las medidas necesarias a fin de garantizar que todos los futuros procesos de asignación y renovación de frecuencias de radio y televisión que se lleven a cabo, sean conducidos de manera abierta, independiente y transparente (párr. 394, 419); y *sexto*, que el Estado debía pagar, dentro del plazo de un año, determinadas cantidades por concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos (párr. 413, 414, 410, 419).

La sentencia de la Corte Interamericana contra el Estado de Venezuela fue de fecha 22 de junio de 2015, pero solo se publicó en el sitio web de la Corte en fecha el 8 de septiembre. Al día siguiente, 9 de septiembre de 2015, sin embargo, funcionarios de la Procuraduría General de la República (abogados del Estado) introdujeron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una inédita “acción de control convencionalidad *“con respecto al sentido, alcance y aplicabilidad” de la sentencia de la Corte Interamericana*, que fue decidida por la Sala al día siguiente, sin proceso alguno, mediante sentencia N° 1.175 de 10 de septiembre de 2015, declarando: *primero*, que la sentencia de la Corte Interamericana había sido dictada “en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y en total desconocimiento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;” y *segundo*, que dicha decisión es “**INEJECUTABLE**” (énfasis del texto original), “por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos. Para completar su sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, concluyó sugiriendo:

“al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde dirigir las relaciones y política exterior de la República Bolivariana de Venezuela, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como al órgano asesor solicitante de conformidad con el artículo 247 *eiusdem*, para que evalúen la posibilidad de remitir a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, copia de este pronunciamiento con el objeto de que ese órgano analice la presunta desviación de poder de los jueces integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”²

Esa fue la respuesta del Estado venezolano a la condena que le impuso la Corte Interamericana.

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992>. HTML

A continuación analizaremos tanto el contenido de la sentencia de la Corte Interamericana, en relación con los diversos puntos debatidos ante la misma; así como los aspectos resaltantes de la sentencia de la Sala Constitucional, dictada *in audita parte*, es decir, sin proceso alguno, sin litis, en abierta violación al derecho al debido proceso y a la defensa que la Constitución declara inviolable en todo estado y grado de la causa (art. 49), desafiando en forma íntegra al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y en franca violación a la Carta Democrática Interamericana.

I. EL TEMA DE LA REDUCCIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL SOLO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS NATURALES, Y LA EXCLUSIÓN DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El proceso ante la Corte Interamericana no fue entre la empresa Radio Caracas Televisión (RCTV) y el Estado venezolano, sino entre un grupo de accionistas, directivos y trabajadores de dicha empresa que fueron los que denunciaron al Estado por violación a sus derechos. La sentencia de la Corte Interamericana, por tanto, no protegió a la empresa Radio Caracas Televisión (RCTV), como compañía anónima, sino a los accionistas, directivos y periodistas de dicha empresa, todas como personas naturales, cuyos derechos fueron los que se consideraron violados.

Esos derechos que la Corte considero violados, por tanto, los ejercían las víctimas como lo indicó la Corte, “cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico,” distinguiéndose así claramente “los derechos de los accionistas de una empresa de los de la persona jurídica” (párr. 146).

En tal contexto, la Corte procedió “a analizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de las personas naturales a través de las personas jurídicas” (párr. 147) y su violación por el Estado; considerando que “los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho” por quienes “los utilizan como medio de difusión de sus ideas o informaciones;” configurándose “generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión” (párr. 148), de manera semejante a cómo los “sindicatos constituyen instrumentos para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores y los partidos políticos son vehículos para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos” (párr. 148).

De todo ello, dedujo la Corte Interamericana “que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados” (párr. 151). De allí pasó la Corte a analizar la violación de los derechos de los directivos, accionistas y trabajadores de Radio Caracas televisión que fueron alegados, aclarando que en la sentencia, que en lo concerniente a los alegatos de violación de la libertad de expresión y del principio de la no discriminación, las referencias a “RCTV” debían “entenderse como el medio de comunicación mediante el cual las presuntas víctimas ejercían su derecho a la libertad de expresión y no como una referencia expresa a la persona jurídica denominada “RCTV C.A” (párr. 151).

II. LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los representantes de las víctimas alegaron en el caso, que la no renovación de la concesión de la cual era titular Radio Caracas Televisión en 2007 mediante acciones del Estado, constituyeron actos arbitrarios del mismo “tendientes deliberadamente, a la supresión de un medio de comunicación independiente, [...] fundados en consideraciones políticas de castigo a la línea de difusión de información e ideas de RCTV,” lo cual había sido anunciado públicamente por altos funcionarios del Estado, incluido el Presidente de la República, desde 2002; denunciando dos hechos relevantes: por una parte “la no renovación de la concesión de RCTV,” y por la otra “la toma arbitraria por el Estado de sus bienes destinados a la radiodifusión audiovisual,” que consideraron debían ser vistos “como un todo, es decir, como una unidad, que se concretó en el cierre de RCTV” (párr. 126); y que resumieron expresando que:

“La incautación judicial de los equipos de RCTV (estaciones de transmisión, antenas y repetidoras) y su asignación a CONATEL, unas 56 horas antes del anunciado cese de la concesión, confiere particular nitidez a la violación de la libertad de expresión [...]. La inusualmente rápida e insólita intervención judicial de ‘oficio’ que colocó en manos del Ejecutivo Nacional los bienes que venían utilizando las víctimas para difundir ideas e informaciones, demuestra que ha existido al menos una estrategia concertada de los órganos del Estado Venezolano dirigida a privar a RCTV de la posibilidad de seguir siendo un medio al servicio de la libertad de expresión” (párr. 126).

Los alegatos formulados por los representantes de las víctimas, de violación a su derecho a la libertad de expresión fueron por tanto referidos a dos hechos que la Corte estaba obligada a resolver: por una parte, el de la no renovación arbitraria de la concesión de RCTV; y por la otra, el de la incautación ilegítima de sus bienes utilizados para el ejercicio del derecho.

La Corte, sin embargo, decidió sobre el primero de estos hechos, pero se abstuvo de decidir sobre el segundo en el contexto de la violación a la libertad de expresión que era donde había sido alegado, considerándolo sin embargo en forma aislada.

1. *Los hechos, alegatos y decisión sobre la violación de la libertad de expresión por parte del Estado por la decisión de no renovación de la concesión, adoptada en forma arbitraria y con desviación de poder*

La empresa Radio Caracas Televisión era titular de una concesión de radiodifusión que le había sido otorgada desde 1953. En 1987, a raíz de haberse dictado el Decreto N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, contenido del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, que otorgaba a los concesionarios el derecho de “preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años” (art. 3), dicha concesión le fue renovada a la empresa hasta 2007.

Antes del vencimiento de dicho plazo, en 2000, se dictó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LO-TEL), que creó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel), con competencia, entre otras, para “otorgar, revocar y suspender las habilitaciones administrativas y concesiones” (art. 35). El artículo 210 de la Ley, además, dispuso el procedimiento para la transformación de las concesiones y los permisos que habían sido otorgados con anterioridad a su entrada en vigencia en las “habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros” establecidos en la nueva Ley.

A pesar de que desde el año 2002 diversos funcionarios del Estado venezolano, entre ellos el Presidente de la República, habían anunciado públicamente que las concesiones de las cuales eran titulares algunos medios privados de comunicación social, entre ellos RCTV, no serían renovados, lo que además se indicó expresamente en publicaciones oficiales como un *Libro Blanco sobre RCTV* (marzo 2007), la empresa en 2002 solicitó la transformación de su título de concesión al nuevo régimen jurídico establecido en la LOTEL, a lo cual no se dio respuesta sino en 2007; y en 2007, solicitaron la emisión de los nuevos títulos por 20 años renovando la concesión.

En respuesta a dichas solicitudes, en marzo de 2007, CONATEL comunicó a RCTV la decisión del Estado de que la concesión de RCTV no sería renovada, no como sanción, sino por el vencimiento del lapso de vigencia de la misma (hasta 27 de mayo de 2007), razón por la cual, no había lugar al inicio de un procedimiento administrativo sobre renovación de la concesión, considerando además que conforme a la legislación vigente el concesionario no tenía derecho a la renovación automática de la concesión. El Estado, en esa forma, como el espectro radioeléctrico es del dominio público había decidido reservarse el uso y explotación de esa porción del espectro radioeléctrico que había sido concedida a RCTV, a los efectos de “permitir la democratización del uso del medio radioeléctrico y la pluralidad de los mensajes y contenidos” mediante la creación de un canal público de televisión abierta. Por todo ello, además, en marzo de 2007 se dio por terminado el procedimiento administrativo iniciado en 2002 para la transformación del título de la concesión.

En todo caso, contra la “amenaza inminente, inmediata y posible” de cierre de la empresa, en febrero de 2007, RCTV intentó una acción de amparo ante la Sala Constitucional, contra la omisión de las autoridades del Estado en responder las peticiones formuladas, por violación de sus derechos a la libertad de expresión, al debido proceso y a la igualdad y no discriminación. La acción fue declarada inadmisibles el 17 de mayo de 2007 porque Conatel, durante el curso del procedimiento de amparo, ya había dado respuesta sobre la no renovación de la concesión, y porque los recurrentes contaban con otras vías judiciales contencioso administrativo para la defensa de sus derechos, destacando que RCTV ya había interpuesto dicha acción ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo el 17 de abril de 2007. Por esta última razón, la Sala Constitucional también declaró inadmisibles otra acción de amparo intentada por RCTV solicitando el cese de la aplicación del Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales 2007-2013 (párrs. 105, 106).

En cuanto a la acción contencioso administrativa de nulidad de las decisiones adoptadas por Conatel, luego de negar las medidas cautelares solicitadas, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo nunca decidió el caso y el proceso continuó en estado de producción de pruebas (párr. 111).

Esos hechos fueron en síntesis los que se denunciaron ante la Corte Interamericana como violatorios de la libertad de expresión de las víctimas, que garantiza el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el cual se declara, *primero*, que el mismo “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección;” y *segundo*, que el ejercicio de dicho derecho “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Tal declaración se completa en la norma con la indicación de que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

Con base en esta norma, la Corte Interamericana ha establecido que dada la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de una sociedad democrática, los límites o restricciones que se puedan establecer a su ejercicio deben siempre respetar la garantía del pluralismo de medios, para lo cual, en cuanto a los procesos que versen sobre el otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, deben estar guiados por “criterios objetivos que eviten la arbitrariedad,” para lo cual “es preciso que se establezcan las salvaguardas o garantías generales de debido proceso,” con la finalidad de “evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas” (párr. 171).

Con base en los hechos mencionados, la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas denunciaron ante la Corte que la decisión de no renovar la concesión de RCTV por parte del Estado fue en virtud de la línea editorial crítica del canal, considerando que en la adopción de la decisión hubo desviación de poder o de afectación indirecta del derecho. Alegaron además, los representantes de las víctimas, que “la única razón por la cual no procedería la renovación de la concesión” sería el incumplimiento de la ley, los reglamentos y el título de la concesión, conforme al estándar reconocido y aplicable en el derecho administrativo en materia de concesiones de telecomunicaciones, no teniendo el Estado poder discrecional o arbitrario alguno “para negar pura y simplemente la extensión o renovación del título de una estación de televisión abierta.”

Para decidir sobre las violaciones alegadas, la Corte Interamericana consideró que en los términos del artículo 13 de la Convención Americana, en el cual no se consagra un derecho absoluto (párr. 144), “la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (párr. 136), de manera que las infracciones a dicha norma pueden presentarse bajo diferentes hipótesis.

En particular en cuanto concierne a las restricciones indirectas violatorias al derecho a la libertad de expresión a que se refiere el artículo 13.3 de la Convención, ejemplificando “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones,” la Corte consideró que dicha enumeración no es taxativa haciendo referencia al artículo 13 de la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión” donde se indican otros ejemplos de medios o vías indirectas violatorias, que en todo caso, deben restringir “efectivamente, en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones,” teniendo en cuenta que “la restricción indirecta puede llegar a generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad” (párr. 146).

La Corte Interamericana, sobre el argumento de los representantes de la vulneración al derecho a la libertad de expresión basado en la existencia de un supuesto derecho a la renovación de la concesión, precisó que conforme a la normativa aplicable en Venezuela, en realidad no se consagra derecho alguno de renovación o a una prórroga automática de las concesiones (párr. 174), sino solo un derecho de preferencia para la extensión de las mismas que hubieran dado cumplimiento a las disposiciones legales pertinentes

(art. 3 Reglamento), como “una consideración especial o una cierta ventaja que puede o no otorgarse dependiendo de lo estipulado en la normativa aplicable” (párr. 176). De ello se desprende, además, que conforme al artículo 210 de la LOTEL, solicitada una extensión, el Estado “no está obligado a conceder la renovación, ni tampoco establece una prórroga automática a quienes solicitaran la transformación de los títulos” (párr. 178).

De lo anterior concluyó la Corte Interamericana en su sentencia que la alegada restricción a la libertad de expresión, en el caso, “no se deriva de que la concesión que tenía RCTV no fuera renovada automáticamente.” Sin embargo, la Corte indicó que en el caso, los peticionarios habían efectivamente solicitado la conversión de la concesión y su prórroga, sin que los procedimientos correspondientes se hubieran llevado a cabo; y se refirió a la manifestación del Estado de que “tratándose del vencimiento del lapso de vigencia de una concesión, [...] no hay lugar al inicio de un procedimiento administrativo”, y en consecuencia, en cuanto a la solicitud de conversión la respuesta del Estado, que el procedimiento administrativo se daba por terminado, por decaimiento de la solicitud (párr. 180).

Ahora bien, en cuanto a la decisión del Estado de no renovar la concesión, la Corte Interamericana pasó en su sentencia a analizar las actuaciones estatales que condujeron a esa decisión con la finalidad de determinar si se configuró una vulneración al derecho a la libertad de expresión como restricción indirecta prohibida en el artículo 13.3 de la Convención. La Corte se refirió a los alegatos tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las víctimas en el sentido de que la razón formulada por el Estado de no renovar la concesión con el supuesto objeto de propender a la “la democratización del uso del medio radioeléctrico y la pluralidad de los mensajes y contenidos” (párr. 188), no había sido “la finalidad real” de la decisión (párr. 189), sino al contrario, la misma se había adoptado para castigar a RCTV por la línea editorial crítica contra el Gobierno, habiendo éste obrado en forma arbitraria y en desviación de poder (párr. 189).

Analizadas las pruebas, la Corte concluyó considerando que la decisión de no renovar la concesión en efecto, “fue tomada con bastante anterioridad a la finalización del término de la concesión y que la orden fue dada a Conatel y al Ministerio para la Telecomunicación desde el ejecutivo” (párr. 193), argumentando además, que “no es posible realizar una restricción al derecho a la libertad de expresión con base en la discrepancia política que pueda generar una determinada línea editorial a un gobierno” (párr. 194), para concluir considerando que “que la finalidad declarada [para no renovar la concesión] no era la real y que sólo se dio con el objetivo de dar una apariencia de legalidad a las decisiones” (párr. 196).

De todo ello, la Corte Interamericana, sobre el derecho a la libertad de expresión, concluyó decidiendo que “los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno” (párr. 197). Sobre dicha desviación de poder, la misma, a juicio de la Corte Interamericana,

“tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho (*supra* párr. 136), es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger” (párr. 198).

De todo lo anterior, concluyó la Corte considerando que en el caso se vulneraron los artículos 13.1 y 13.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de varios de las víctimas, condenando al Estado por ello, porque en el caso:

“se configuró una restricción indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión producida por la utilización de medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de las ideas y opiniones, al decidir el Estado que se reservaría la porción del espectro y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos para la adjudicación de los títulos o la renovación de la concesión a un medio que expresaba voces críticas contra el gobierno” (párr. 199).

2. *Los hechos, alegatos y decisión sobre la violación de la libertad de expresión por la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de poner en posesión del Estado de los bienes de RCTV*

Como antes se indicó, otro de los alegatos formulados por los peticionantes sobre violación de la libertad de expresión, se basó en el hecho de que los bienes de RCTV fueron incautados por el Estado, impidiéndosele con ello a las víctimas ejercer su derecho a la libertad de expresión, violándose además su derecho de propiedad.

En efecto, con ocasión de los anuncios de la no renovación de la concesión de radiodifusión a RCTV, los representantes de varios comités de usuarios intentaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo el 22 de mayo de 2007, una acción de amparo constitucional, alegando que la nueva emisora TVes que se había anunciado por el Estado que haría su transmisión a través del espectro utilizado por RCTV, no contaba con los equipos de infraestructura de transmisión y repetición necesarios para garantizar la cobertura nacional, solicitando a la Sala, para proteger sus derechos fundamentales a la confianza legítima, a la no discriminación y a obtener un servicio público de calidad, que:

“ordenara medidas cautelares para permitir a TVes de manera temporal el acceso, uso y operación de la plataforma que estaba siendo utilizada por RCTV para el uso y explotación de la porción del espectro radioeléctrico, independientemente de sus propietarios o poseedores” (párr. 94).

En respuesta a esta petición de amparo, tres días después, el 25 de mayo de 2007, la Sala Constitucional en efecto, mediante sentencia N° 956, “ordenó, a través de medidas cautelares innominadas, el traspaso temporal a CONATEL del uso de los bienes propiedad de RCTV, tales como “microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica” (párr. 95) para a la vez ser usados por TVes.³

El día anterior, 24 de mayo de 2007, por otra parte unos ciudadanos y un comité de usuarios interpusieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo una demanda por intereses difusos y colectivos, ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada (para que RCTV no interrumpiera sus transmisiones) contra el Presidente de la República y el director de Conatel alegando que el eventual cierre de RCTV, cuya inminencia se demostraba por los discursos de los demandados, limitaría en forma grave e ilegítima el derecho a la libertad de expresión e información de la ciudadanía, al privarla de una de las opciones televisivas que tenían los venezolanos para recibir la programación de opinión, recreación e información de su preferencia (párr. 96). Al día siguiente la Sala mediante sentencia N° 957, otorgó efectivamente medidas cautelares, pero no las solicitadas, sino al contrario, otras, de oficio, para asegurar la “posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico,” consistente en que como TVes “podría no contar con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional,” en forma similar a lo decidido en la sentencia N° 956, le asignó a CONATEL “de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal”, “el derecho de uso de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas,” que eran propiedad de RCTV. Las medidas cautelares fueron ejecutadas los días 27 y 28 de mayo de 2007, con el traspaso a CONATEL del uso de los bienes indicados en las decisiones correspondientes, y el 28 de mayo TVes pasó a transmitir su programación a través del canal 2 de la red de televisión abierta (párr. 98, 99, 100).⁴

Los representantes de RCTV, el 31 de mayo de 2007, se opusieron a la medida cautelar contenida en la mencionada sentencia N° 957, de incautación de bienes, pero luego de presentar el escrito de promoción de pruebas, el proceso de la oposición quedó paralizado, y la promoción de las pruebas nunca fue tramitada (párr. 112).

Independientemente de las vicisitudes procesales antes mencionadas, los representantes de las víctimas alegaron que con las medidas cautelares innominadas decretadas por la Sala Constitucional, ordenando el traspaso temporal a CONATEL del uso de los bienes propiedad de RCTV, para a la vez ser usados por TVes, se había configurado como una violación al derecho de propiedad, como “una estrategia concertada

³ Véanse los comentarios sobre esta confiscatoria sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV-, *Revista de Derecho Público*-, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32. Publicado en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 468-508.

⁴ Véanse igualmente los comentarios sobre esta otra confiscatoria sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV-, *Revista de Derecho Público*-, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32. Publicado en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 468-508.

de los órganos del Estado Venezolano dirigida a privar a RCTV de la posibilidad de seguir siendo un medio al servicio de la libertad de expresión” (párr. 126). Alegaron, en efecto, que, en el caso, con las medidas cautelares decretadas se había violado el derecho de propiedad privada garantizado por el artículo 21 de la Convención pues se habían configurado como “una incautación confiscatoria de los bienes materiales de RCTV en un proceso arbitrario,” que, por la ausencia de pago de una justa indemnización, “es una confiscación a privación ilegítima que viola el artículo 21 de la Convención.” La sentencia de la Corte menciona, además, que los representantes “agregaron que la incautación arbitrada por el Tribunal Supremo de Justicia fue un acto confiscatorio cubierto con la apariencia de una medida cautelar, una apariencia que fue irrelevante para alterar la naturaleza confiscatoria de ese acto y RCTV fue privada de esos bienes en abierta violación del artículo 21(2) de la Convención” (párr. 329).

La Corte Interamericana, sin embargo, se inhibió de considerar la violación alegada de la incautación de bienes de RCTV como vulneración a la libertad de expresión, y solo la analizó como un alegato independiente de violación al derecho de propiedad, pasando en consecuencia a desecharlo y concluir que no hubo violación el derecho de propiedad de las víctimas, coincidiendo en ello con lo argumentado por la Comisión Interamericana.

En efecto, en el caso, la Comisión había encontrado que Venezuela no había violado el derecho a la propiedad privada de las víctimas previsto en el artículo 21 de la Convención, pues para declarar violado el derecho a la propiedad, era necesario que se encontrase plenamente demostrada la afectación del patrimonio personal de las presuntas víctimas, no habiendo probado las mismas en el caso, que eran accionistas de RCTV, es decir, “el posible efecto directo sobre el patrimonio personal de los accionistas presentados como víctimas como resultado de la incautación de los bienes de RCTV” (párr. 324). En definitiva, la Corte Interamericana recordó que “no es competente para analizar las presuntas violaciones a la Convención que se hayan ocurrido en contra de personas jurídicas, razón por la cual no puede analizar las consecuencias que se derivaron de la imposición de medidas cautelares a los bienes que formaban parte del patrimonio de RCTV, ni determinar si estas han vulnerado la propiedad de la persona jurídica de la empresa” (párr. 348).

Por ello, en este caso, la Corte Interamericana no procedió a analizar “la posible vulneración al derecho a la propiedad que se habría causado a RCTV como consecuencia de la incautación de sus bienes, por tratarse de una persona jurídica,” y en consecuencia se limitó a “examinar el presunto efecto que tales medidas cautelares pudieron tener de forma directa sobre el patrimonio de los accionistas, es decir sobre las acciones de los cuales son propietarios” (párr. 352). Y la conclusión fue que al alegarse “la posible vulneración al derecho a la propiedad de las presuntas víctimas como consecuencia de la pérdida de valor de las acciones derivada de la no renovación de la concesión para el uso del espectro electromagnético y de la imposición de medidas cautelares sobre los bienes de RCTV” (párr. 354), sin embargo, en el caso de esa empresa, “la constitución accionaria compleja, consecuencia de una estructura societaria amplia de personas jurídicas con patrimonios separados, dificulta aún más poder establecer una relación directa y evidente entre la alegada pérdida de valor de acciones y las afectaciones al patrimonio de la persona jurídica de RCTV” (párr. 355).

Por ello, en definitiva, la Corte Interamericana consideró que en el caso no se había probado la afectación que la incautación de los bienes tuvo en el derecho a la propiedad de las víctimas, “toda vez, que para poderse establecer semejante vulneración, debió acreditarse en primer lugar, una afectación a las empresas que son accionistas directas y la forma como esto pudo haber repercutido en cada una de las personas jurídicas que, a su vez, hacen parte del amplio andamiaje societario, hasta llegar a las acciones o fideicomisos de los cuales las presuntas víctimas son propietarios directos” (párr. 358). En fin, la Corte consideró que, en el caso, no quedó “demostrado que el Estado haya violado el derecho de propiedad privada de las presuntas víctimas, en los términos del artículo 21 de la Convención” (párr. 359).

En relación con esta decisión, sin embargo, debe destacarse lo expresado por el Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en su “Voto Parcialmente Disidente,” en el cual advirtió con razón, que “en la Sentencia se aborda el estudio de la alegada violación al derecho a la propiedad privada de manera aislada y no relacionado con el derecho a la libertad de expresión –como sí se hace con respecto al derecho de igualdad ante la ley que fue declarado violado–,” estimando, con razón, que “el estudio del derecho a la propiedad debió realizarse a la luz del derecho a la libertad de expresión, pues evidentemente este precepto encierra un contenido patrimonial en el derecho que protege” (párr. 14).

Bajo este ángulo, el Juez Ferrer Mac Gregor se refirió a la argumentación de las víctimas cuando indicaron que “la incautación arbitrada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resulta

un acto confiscatorio cubierto con la apariencia de una medida cautelar,” por lo que la Corte Interamericana, sobre la violación del derecho de propiedad, debió “ver más allá de la apariencia y analizar cuál era *la situación real detrás del acto denunciado*; en especial, en un contexto en donde ha quedado demostrado que las finalidades declaradas por el Estado no eran las motivaciones reales (configurándose una “desviación de poder”), y sólo se perseguía el simple hecho de revestir las actuaciones del Estado de legalidad” (párr. 120).

Por ello, el Juez Ferrer Mac Gregor concluyó que, en el caso, el Estado debió garantizar, si es que la finalidad de la medida cautelar era “garantizar a toda la población venezolana un servicio de transmisión de televisión de calidad,” un proceso en el cual hubiera “una declaratoria de utilidad pública, un procedimiento expropiatorio y pagar una justa indemnización” (párr. 121), agregando que:

“el Estado lejos de tomar en cuenta y garantizar lo dispuesto por el artículo 21.2 de la Convención, basándose en la figura de medida cautelar, ordenó la incautación de los bienes que se realizó sin previa declaratoria de utilidad pública, sin apegarse a un procedimiento expropiatorio y, mucho menos, pagar una justa indemnización; lo que analizado bajo el contexto de represión de la libertad de expresión (declarado probado en la Sentencia), contraviene lo dispuesto en el artículo 21.2 del Pacto de San José” (párr. 121).

Es decir, concluyó el Juez Ferrer Mac Gregor, que “al estar en realidad ante una confiscación de bienes, lo que el Estado tenía la obligación de garantizar era una justa indemnización a los accionistas de RCTV por los equipos incautados. Es decir, la indemnización no iba a versar sobre la persona moral constituida como RCTV, sino en favor de los socios, los cuales se hubieran beneficiado de dicha indemnización en proporción a su participación accionaria dentro de RCTV” (párr. 125).

III. LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Otro de los derechos cuya violación alegó la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana fue el derecho a la igualdad y no discriminación de las víctimas declarado en el artículo 24 de la Convención Americana cuando prohíbe la discriminación de derecho o, de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la Convención, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación (párr. 200). Para ello se alegó que en la renovación de las concesiones de radiodifusión a RCTV en 2007 había habido un “tratamiento diferenciado”, que había sido otorgado “a dos televisoras que se encontraban en condiciones técnicas y jurídicas idénticas, ya que a una se le renovó la licencia para explotar el espectro radioeléctrico, al mismo tiempo que fue negada la renovación de RCTV” (párr. 201).

El argumento, en el caso del alegato del trato diferenciado entre los canales RCTV y Venevisión, exigía determinar si el mismo perseguía una finalidad legítima y si era útil, necesario y estrictamente proporcionado para lograr dicha finalidad (párr. 202), sobre lo cual la Comisión Interamericana había señalado que en el caso de RCTV, la finalidad no era legítima, debido a que la decisión había sido “adoptada con la finalidad de sancionar al canal por sus opiniones políticas críticas y enviar un mensaje a los restantes medios de comunicación venezolanos sobre las consecuencias de no seguir la línea editorial e informativa marcada por el gobierno” (párr. 204).

La Corte consideró que “el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos” (párr. 215) e hizo referencia al alegato de la Comisión en el caso, en el sentido de que “el trato diferenciado sufrido por los directivos y trabajadores de RCTV fue discriminatorio y arbitrario, en contravención de los artículos 1.1 y 24 de la Convención,” (párr. 216), basado en la “existencia de un indicio razonable respecto a que el trato diferenciado hacia RCTV habría estado basado en una categoría prohibida de discriminación contenida en el artículo 1.1, es decir, las opiniones políticas expresadas por los directivos y trabajadores de RCTV” (párr. 222).

En esta materia, para juzgar, la Corte consideró que “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que implicaba que correspondía a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio;” es decir, que en este caso, “ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio” (párr. 228).

En la materia, el Estado solo alegó que supuestamente “la decisión de reservarse la porción del espectro asignado a RCTV y no la de otro canal de televisión obedeció a que RCTV contaba con características técnicas específicas que reducían costos y ampliaban el espectro de transmisión” (párr. 229), argumentación que por lo demás no fue manifestada en la decisión de no renovar la concesión. Por todo lo cual, la Corte Interamericana concluyó al contrario que en el caso, “existen elementos para determinar que la decisión de reservarse la porción del espectro asignado a RCTV implicó un trato discriminatorio en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión que tuvo como base la aplicación de una de las categorías prohibidas de discriminación contempladas en el artículo 1.1 de la Convención Americana (párr. 235), considerando por tanto al Estado como responsable de la violación del derecho a la libertad de expresión establecido en el artículo 13 en relación con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de algunas de las víctimas, condenando al Estado por ello.

IV. LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece lo que se denominan las “garantías judiciales,” al disponer, específicamente, que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Se trata de la garantía del debido proceso que, por ejemplo, en el artículo 49 de la Constitución de Venezuela se establece expresamente que se aplica no solo a los procesos judiciales, sino a los procedimientos administrativos.

En el mismo sentido, y esto es de particular interés para el derecho administrativo, la Corte Interamericana al decidir el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela*, también consideró que el artículo 8.1 de la Convención, a pesar de que se denomine “garantías judiciales,” también se aplica en materia de procedimientos administrativos, para lo cual incluso la Corte utilizó la expresión de “debido proceso administrativo” (párr. 238).

A tal efecto, la Corte recordó en su sentencia que el artículo 8.1 de la Convención garantiza “que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine y bajo el procedimiento dispuesto para ello,” por lo que en el caso, al no haberse llevado a cabo los procedimientos administrativos de transformación de los títulos de RCTV y de renovación de la concesión de estación de televisión abierta, la Corte consideró que ello incidió en la determinación de los derechos de los directivos y trabajadores de RCTV, considerando por tanto aplicables en el caso las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana (párr. 243).

A tal efecto, la Corte reiteró el criterio de que “los procedimientos relacionados con el otorgamiento o renovación de las licencias o concesiones deben cumplir con ciertas salvaguardas o garantías generales con la finalidad de evitar un abuso de controles oficiales o la generación de restricciones indirectas” (párr. 171, 244). Frente a ello, sin embargo, en el caso, tanto la Comisión como los representantes de las víctimas, como lo indicó la Corte, no solo “alegaron que el marco legal del procedimiento a seguir para la renovación de la concesión no se encontraba establecido de manera clara en el derecho interno,” sino, además, que se habrían incumplido “otras garantías judiciales, como el derecho a ser oído o el deber de motivación de la decisión” (párr. 245).

Para resolver sobre las denuncias de violación a las garantías judiciales, la Corte analizó el régimen aplicable conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, y al Reglamento sobre habilitaciones administrativas y concesiones, tanto respecto del procedimiento de transformación de las concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior a dicha Ley, como del procedimiento de renovación de las concesiones, destacando en este último que incluso en el propio texto de la Ley se define la concesión del uso del espectro radioeléctrico, como “un acto administrativo unilateral” mediante el cual Conatel, “otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico,” previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y los reglamentos (párr. 247).

Con base en las normas reguladoras del procedimiento administrativo y con los argumentos de las partes, la Corte concluyó que tanto para la transformación de los títulos como para la renovación de las concesiones existía toda una normativa aplicable para garantizar el debido procedimiento administrativo, pero que a pesar de que los mismos fueron iniciados por los apoderados de RCTV mediante la introducción de las solicitudes, “el Estado tomó la decisión de no aplicarlos,” razón por la cual la Corte pasó a “valorar las razones expuestas por el Estado para no haber seguido el referido procedimiento” (párr. 252).

A tal efecto, y recordando que en la sentencia ya la Corte había decidido que la finalidad de dar por terminados los procedimientos administrativos sobre la transformación de los títulos y la renovación de la concesión era “acallar al medio de comunicación” (párrs. 198 y 199), consideró que ello era contrario a las garantías previstas por el artículo 8 de la Convención, “pues era necesario que los procedimientos administrativos continuaran para efectos de definir si se aceptaba o no la transformación o renovación de la concesión” con lo cual de haber sido seguidos “respetando las salvaguardas mínimas que dichas normas establecen, se habría podido evitar la arbitrariedad en la decisión.” De ello concluyó la Corte Interamericana que “la existencia de dichos procedimientos y que se haya decidido no aplicarlos es justamente un efecto más de la finalidad real e ilegítima que ya fue declarada en la presente Sentencia” (párrs. 198, 199 y 252).

En consecuencia, la conclusión de la Corte sobre la violación alegada del debido procedimiento administrativo fue que estando “dispuesto un debido proceso para la transformación de los títulos y para la renovación de la concesión” el hecho de que el mismo hubiera sido “deliberadamente omitido por el Estado,” vulneró “las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana” en perjuicio de las víctimas (párr. 253), condenando al Estado por ello.

V. LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

1. *Violación del derecho a plazo razonable en el procedimiento contencioso administrativo de nulidad*

En el caso de las decisiones adoptada por el Estado respecto de RCTV de no iniciar el procedimiento administrativo de transformación de los títulos y de no renovar la concesión, las víctimas ejercieron sendos recursos contencioso administrativos de nulidad con solicitudes de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas de protección. El juicio correspondiente que se inició nunca avanzó y para cuando la Corte Interamericana decidió, aún se encontraba en la fase de prueba (párrs. 111, 254).

Aplicando al caso los diversos parámetros para juzgar si en esa situación hubo vulneración del artículo 8.1 de la Convención por incumplimiento del “derecho al plazo razonable” en lo que respecta al recurso de nulidad, la Corte examinó los cuatro criterios establecidos en su jurisprudencia en la materia relativos a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de las personas involucradas en el proceso; precisando además, que correspondía al Estado “justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar el caso y, en caso de no demostrarlo, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto” (párr. 255), habiendo concluido que al no haberse decidido nunca el caso, no podía haber duda alguna “que Venezuela vulneró el derecho al plazo razonable previsto en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana” en perjuicio de las víctimas, condenando al Estado por ello.

2. *Violación del derecho a plazo razonable en la decisión de la petición de amparo cautelar formulada junto con el recurso contencioso administrativo*

Como es bien sabido, pero a la vez a veces bien incomprendido por la Corte Interamericana,⁵ en Venezuela el amparo como derecho de protección de los derechos fundamentales, no solo puede demandarse mediante una acción autónoma de amparo, sino también conjuntamente con otras acciones, como

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014

pretensión de amparo, tal como se establece expresamente en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales desde 1988. Ese es quizás el signo más distintivo de la regulación de la institución del amparo en Venezuela.⁶

Con base en ello, las víctimas, en el caso, conjuntamente con la acción de nulidad contencioso administrativa que intentaron contra las decisiones de no renovar la concesión y dar por terminado el procedimiento de transformación de las mismas, solicitaron a la Sala Constitucional conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, que decretara una medida de amparo cautelar y, además, en protección de sus derechos, otras medidas cautelares, que nunca fueron resueltas.

Por ello, la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas alegaron violación del artículo 25.1 de la Convención en razón del retraso en la decisión de las peticiones de amparo cautelar y de otras medidas cautelares. Sobre ello, la Corte reiterando su criterio de “que el amparo debe ser un recurso “sencillo y rápido”, en los términos del artículo 25.1 de la Convención,” señaló “que otros recursos deben resolverse en un “plazo razonable,” conforme al artículo 8.1 de la Convención,” (párr. 282), incluyendo entre estos, a las otras medidas cautelares que habían sido solicitada por las víctimas, para concluir que no contaba “con elementos que permitan concluir que la medida cautelar revista una naturaleza igual al amparo cautelar” (párr. 282). El criterio excesivamente formalista de la Corte Interamericana la llevó a concluir entonces que, si bien tanto el amparo cautelar como la medida cautelar pueden obtener el mismo resultado como, por ejemplo, la suspensión de los efectos del acto administrativo cuya anulación se pretende, “la diferencia entre el amparo y otras medidas cautelares radica en que aquél alude exclusivamente a la violación de derechos y garantías de rango constitucional” (párr. 283).

Para resolver, la Corte hizo referencia al caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela* en el cual diferenció la duración de la resolución del amparo de la duración de la resolución del recurso de nulidad considerando que, aunque ejercidos conjuntamente, tienen fines distintos, concluyendo que la “alegada demora injustificada de un recurso de amparo debe ser analizado a la luz del artículo 25 de la Convención, mientras que los demás recursos deberán ser examinados bajo el “plazo razonable” que emana del artículo 8.1 de la Convención”(párr. 284). Por ello, la Corte pasó a realizar el análisis relativo a la medida cautelar innominada, en relación con la violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana (párr. 285), concluyendo que “el plazo de más de tres meses para resolver dicha medida cautelar vulneró el derecho al plazo razonable” (párr. 286) consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas (párr. 287), condenando al Estado por ello.

3. *Violación de las garantías judiciales en el proceso judicial respecto de la incautación de bienes*

Contra la medida cautelar dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, incautando los bienes de RCTV, poniéndolos en posesión de Conatel para su uso por TVes, sin haber garantizado el derecho a la defensa, las víctimas formularon oposición a la misma, la cual nunca fue decidida por la Sala. Como lo argumentó la Comisión Interamericana, la legislación venezolana “contempla la rápida resolución de las oposiciones a las medidas cautelares,” considerando que en el caso se había violado el artículo 25 de la Convención, con el resultado de que, al no resolverse la oposición formulada, “la medida cautelar que dio lugar a la incautación de los bienes de RCTV, se ha mantenido durante todo el tiempo que la oposición ha estado pendiente de resolución” (párr. 298).

La Corte Interamericana, consideró en cambio que debía analizar los hechos relativos a la oposición de la medida cautelar en el marco del derecho a un plazo razonable, contenida en el artículo 8.1 de la Convención, concluyendo que como desde junio de 2007 no se ha realizado ninguna diligencia en el marco del proceso para resolver dicha oposición (párr. 112), y el Estado no había justificado la existencia de tal retraso e inactividad, declaró como vulnerado el plazo razonable en ese proceso, y además, vulnerado por el Estado, el derecho a ser oído y al plazo razonable contenidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las víctimas (párr. 307 y 308), condenando así de nuevo al Estado .

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre las diversas formas de ejercicio del derecho constitucional de amparo en Venezuela: Comentarios a la fallida reforma de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, sancionada en 2014,- en *El proceso constitucional de amparo. Balance y Reforma*, del Centro de Estudios Constitucionales, Lima 2015.

VI. LA EVASIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN JUZGAR SOBRE LA ALEGADA FALTA DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL

A lo largo del escrito presentado ante la Corte Interamericana por los representantes de las víctimas, junto con las denuncias de la violación de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana en los procesos administrativos y judiciales desarrollados en el caso, alegaron repetidamente, además, sobre la violación a las mismas garantías por la “falta de independencia e imparcialidad” del Poder Judicial, en especial, del Tribunal Supremo de Justicia al conocer de los procesos judiciales del caso.

Sobre estas denuncias, la Corte Interamericana se limitó a señalar que dicha denuncia sobre el contexto de falta de independencia e imparcialidad en cuanto al recurso contencioso administrativo nunca decidido, que “dicho contexto no fue debidamente alegado y presentado, dado que no se alegaron elementos probatorios que permitan concluir la existencia del mismo en el presente caso” agregando que:

“no basta con realizar una mención general a un alegado contexto para que sea posible concluir que existía la vulneración, por lo que es necesario que se presenten argumentos concretos sobre la posible afectación en el proceso de la cual se podría derivar la falta de independencia o imparcialidad. Por ello, en los términos que fue presentado por los representantes no es posible concluir la alegada vulneración a la independencia e imparcialidad en este proceso contencioso” (párr. 278).

Dicha excusa para obviar entrar a juzgar sobre la catastrófica falta de independencia del Poder Judicial en Venezuela,⁷ la repitió la Corte a lo largo de la sentencia (párr. 303-305), llegando a indicar en los puntos Resolutivos 11 y 12 de la sentencia, que “no se encuentra probado que el Estado haya violado las garantías de independencia e imparcialidad previstas en el artículo 8.1 de la Convención” en relación con los procesos judiciales en el caso, que además nunca fueron decididos.

Al contrario, el tema fue tratado en varios de los votos particulares de los Jueces, comenzando por el “Voto disidente” del Juez Manuel Ventura Robles, precisamente formulado respecto de esos dos puntos Resolutivos, explicando al contrario de lo resuelto por la Corte que:

“un punto clave para entender la presente sentencia es la falta de independencia e imparcialidad del Poder Judicial de Venezuela, reiterada por la Corte en las sentencias emitidas en los casos: *Apitz Barbera y Otros*⁸, *Reverón Trujillo*⁹ y *Chocrón Chocrón*¹⁰, y para comprender la consecuencia de la misma en el presente caso: la violación del derecho de propiedad” (párr. 3).

A tal efecto, el Juez Ventura Robles en su Voto Disidente, se refirió a la garantía de la independencia de los jueces como uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, con el objeto de “evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el

⁷ Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, -La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004).- en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, -El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial.- en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 245-269; y Allan R. Brewer-Carías -La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006).- en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios N° 550, 2007) pp. 1-37. Véase también Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Tomo II, Caracas 2008, pp. 402-454.

⁸ Caso *Apitz Barbera y otros (-Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 148. En este caso la Corte declaró que: -el Estado violó el derecho de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri a ser juzgados por un tribunal con suficientes garantías de independencia-. Ver además párrafos: 109 a 148.*

⁹ Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197, párr. 127. La Corte señaló que -algunas de las normas y prácticas asociadas al proceso de reestructuración judicial que se viene implementando en Venezuela, por las consecuencias específicas que tuvo en el caso concreto, provoca una afectación muy alta a la independencia judicial-. Ver además párrafos: 67 a 70, 77 a 79, 81, 114, 121 y 122.*

¹⁰ Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227, párr. 142. De acuerdo con la Corte: -la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, genera[ron] una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial-. Ver además párrafos: 97 a 110.*

ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o, incluso, por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”, abarcando la garantía de la independencia judicial “la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes; es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan” (párr. 4).

Con base en lo anterior, al referirse al caso *Granier y otros vs. Venezuela*, en lo que respecta al argumento de los representantes sobre la “falta de probidad procesal con la que actuaron las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, revelando así una total falta de independencia por parte de ese máximo órgano judicial [así como] una evidente desviación del Poder Público”, el Juez Ventura destacó los siguientes puntos:

“i) la decisión de incautar los bienes de RCTV fue tomada en el marco de los procesos del amparo constitucional y de la demanda por intereses difusos y colectivos en los que se solicitaron medidas cautelares. En uno de dichos procesos el Tribunal Supremo tomó, de oficio y sin que le hubiera sido requerida, la decisión de asignar el uso de los bienes propiedad de RCTV a TVes para que esta última pudiera transmitir en todo el territorio nacional;

ii) para el momento en que se dictó la medida cautelar que otorgaba el uso de los bienes a CONATEL, TVes había sido recientemente creada y no contaba con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, por lo que el Tribunal Supremo le otorgó de oficio el uso de los bienes propiedad de RCTV;

iii) los representantes de RCTV no tuvieron oportunidad de participar en el proceso de manera directa, ya que aún cuando la medida cautelar resolvería sobre el uso de los bienes propiedad de RCTV, no fueron ni citados a comparecer ni notificados de manera directa, y solo tenían oportunidad de intervenir en el proceso como coadyuvantes, y

iv) después de más de siete años, la medida cautelar continúa vigente permitiendo el uso por parte del Estado de los bienes propiedad de RCTV, sin que el TSJ haya realizado ninguna diligencia para resolver la oposición a esta medida cautelar.” (párr. 6)

De todo lo anterior, el Juez Ventura Robles concluyó afirmando con razón que “la actuación del Tribunal Supremo de Justicia coadyuvó con las decisiones tomadas por órganos del Poder Ejecutivo respecto a reservarse el uso del espectro asignado inicialmente a RCTV y la creación de un canal de televisión propiedad del Estado, puesto que la medida cautelar innominada fue ordenada por el TSJ con la finalidad de otorgarle al canal estatal recién creado los bienes que necesitaba para operar” (párr. 7); es decir, que:

“la actuación del Tribunal Supremo contribuyó con la desviación de poder, haciendo uso de una facultad permitida con el objetivo ilegítimo de cooperar con las decisiones tomadas por órganos del Poder Ejecutivo. El Tribunal Supremo de Justicia actuó con falta de independencia al decidir la medida cautelar innominada sobre el uso de los bienes de RCTV” (párr. 8).

De todo lo anterior dedujo con razón el Juez Ventura Robles, que “a pesar de que en la demanda por intereses difusos y colectivos se solicitaba al Tribunal Supremo permitir a RCTV continuar con sus transmisiones, el TSJ decidió de oficio asignar a TVes el uso de los bienes de RCTV,” de lo que resultó que “el TSJ intervino en la decisión de las medidas cautelares con una posición previamente tomada, que era coadyuvar con las decisiones de los órganos del Poder Ejecutivo, protegiendo los intereses de TVes y otorgándole los bienes que requería para comenzar a operar;” todo lo cual “manifiesta una falta de imparcialidad en la actuación de la Sala Constitucional al resolver la medida cautelar.” (párr. 9). Por ello, a juicio del Juez Ventura Robles, sin duda, “el Tribunal Supremo de Justicia incumplió con la garantía de imparcialidad en la resolución de la decisión sobre el uso de los bienes de RCTV y el Estado violó el derecho de propiedad al seguir el Tribunal sin independencia alguna, la línea del Poder Ejecutivo, que despojó, arbitrariamente, de sus bienes a RCTV” (párr. 9).¹¹

Por su parte, el Juez Eduardo Vio Grossi, en su “Voto Individual Concurrente” a la sentencia, se refirió igualmente a la gran incidencia que tiene en el ejercicio efectivo de la democracia y, por ende, de la libertad de pensamiento y de expresión, el principio de separación de poderes y, más específicamente, el de la independencia del poder judicial, destacando, en lo que se refiere a la independencia del Poder Judicial en Venezuela, lo que la propia Corte Interamericana refirió en el caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, al señalar:

¹¹ Como lo analizamos en su momento en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV-, *Revista de Derecho Público*, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32. Publicado en *Crónica sobre la In-Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 468-508.

“en el 2010 el Poder Judicial tenía un porcentaje de jueces provisorios y temporales de aproximadamente el 56%, conforme a lo señalado en el discurso de la Presidenta del TSJ, porcentaje que en la época de los hechos del presente caso alcanzó el 80%. Esto, además de generar obstáculos a la independencia judicial, resulta particularmente relevante por el hecho de que Venezuela no ofrece a dichos jueces la garantía de inamovilidad que exige el principio de independencia judicial. Además, la Corte observa que los jueces provisorios y temporales son nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la utilización de concursos públicos de oposición y muchos de éstos han sido titularizados a través del denominado ‘Programa Especial para la Regularización de la Titularidad’ (PET). Esto quiere decir que las plazas correspondientes han sido provistas sin que las personas que no hagan parte del Poder Judicial hayan tenido oportunidad de competir con los jueces provisorios para acceder a esas plazas. Tal como fue señalado en el caso *Reverón Trujillo*, a pesar de que a través del PET se adelantan evaluaciones de idoneidad, este procedimiento otorga estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad.”¹²

El Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor también se refirió al tema de la falta de independencia judicial, expresando en su “Voto Parcialmente Disidente” que difería “de la mayoría en cuanto a que no se comprobó la violación a las garantías de independencia e imparcialidad contenidas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1. de la Convención (Resolutivos 11 y 12 de la Sentencia).” El Juez Ferrer, al contrario, estimó que:

“al haberse declarado y probado en el caso la existencia de una “desviación de poder”, debido a que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de “alinearse editorialmente” al medio de comunicación con el gobierno, la consecuencia lógica y coherente sería haber declarado también violada las garantías de independencia e imparcialidad judicial que prevé el artículo 8.1 de la Convención Americana. Lo anterior debido a que la finalidad no declarada en las actuaciones en sede de los procedimientos administrativos y, particularmente, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al resolver de oficio las “medidas cautelares innominadas”, denotan, en su conjunto, que coadyuvaron a la intención real y finalidad no declarada, consistente en acallar las voces críticas del gobierno a través del cierre de RCTV. Además, dicho análisis debió necesariamente vincularse con el “contexto” probado por la Corte IDH; esto es, con motivo de que “el Tribunal considera que fueron probados, en el presente caso, el ‘ambiente de intimidación’ generado por las declaraciones de altas autoridades estatales en contra de medios de comunicación independientes” y “un discurso proveniente de sectores oficialistas de descrédito profesional contra los periodistas” (párr. 125).

Es decir, de acuerdo con lo expresado por el Juez Ferrer Mac Gregor, “al haber quedado demostrado plenamente que en el caso se configuró una “desviación de poder” –decidido por unanimidad en la Sentencia–, debido a que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de “alinearse editorialmente” al medio de comunicación con el gobierno; la consecuencia lógica y natural era no sólo declarar la violación del artículo 13, sino también del artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con las garantías de independencia e imparcialidad” (párr. 127).

Esa falta de independencia e imparcialidad del Poder Judicial, en el caso decidido por la Corte Interamericana quedó evidenciada en particular con la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como lo destacó el Juez Mac Gregor, cuando la misma “determinó asignar el uso de los bienes propiedad de RCTV a TVes a través del otorgamiento de las medidas cautelares en dos procesos donde se le hacían requerimientos contrarios” (párr. 135), a pesar de que en la demanda por intereses difusos y colectivos se solicitaba al Tribunal Supremo lo contrario, es decir, permitir a RCTV continuar con sus transmisiones. Es decir, como lo observó el Juez Mac Gregor, “el Tribunal Supremo de Justicia decidió, de oficio, asignar a TVes el uso de los bienes de RCTV,” con lo que quedó reflejado “que el análisis de los hechos, planteados en la demanda, fue realizado con base en la decisión previamente tomada de otorgar a TVes la plataforma y los bienes que necesitaba para poder transmitir a nivel nacional” (párr. 135),¹³ todo lo cual ponía en evidencia, a juicio del Juez Ferrer Mac Gregor:

¹² Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227, párr. 110.

¹³ Tal como lo analizamos en su momento en Allan R. Brewer-Carías, -El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El caso RCTV-, *Revista de Derecho Público*-, N° 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-32. Publicado en *Crónica sobre la -In- Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 468-508.

“una clara falta de imparcialidad en la actuación de la Sala Constitucional al resolver la medida cautelar presentada conjuntamente con la demanda por intereses difusos y colectivos; lo que corrobora que el Tribunal Supremo contribuyó con la finalidad no declarada e ilegítima (desvío de poder)” (párr. 135).

En fin, concluyó el Juez Ferrer Mac Gregor en su Voto Parcialmente Disidente, que “la Corte IDH debió establecer que el Tribunal Supremo de Justicia incumplió con las garantías de independencia e imparcialidad en la resolución de la decisión sobre la incautación de los bienes de RCTV, situación que también se advierte respecto del recurso contencioso de nulidad, ya que todas estas resoluciones, en su conjunto, coadyuvaban con la decisión previa, tomada por las autoridades del poder ejecutivo, de no renovar la concesión de RCTV” (párr. 136).

VII. LA BIZARRA “ACCIÓN DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” INTENTADA POR EL PROPIO ESTADO VENEZOLANO CONTRA LA SENTENCIA DE LA CORTE INTER-AMERICANA QUE LO CONDENÓ, ANTE SU PROPIO TRIBUNAL SUPREMO Y LA DECLARATORIA DE SU INEJECUTABILIDAD POR LA SALA CONSTITUCIONAL

La inexcusable evasiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en proceder a juzgar y condenar al Estado venezolano por violación de la garantía judicial prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana por falta de independencia e imparcialidad del Poder Judicial, y en particular del Tribunal Supremo, es muy posible que se comience a disipar ya definitivamente, después de que de nuevo, en un breve lapso de 24 horas después de publicada la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de los abogados del propio Estado, declarara dicha sentencia como “inejecutable” en Venezuela, mediante la sentencia N° 1175 de 10 de septiembre de 2015.¹⁴

1. *La interposición por el Estado de una acción de “control de convencionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana ante la Sala Constitucional*

Para lograr ese “récord” judicial, los representantes de la Procuraduría General de la República, al día siguiente de la publicación de la sentencia de la Corte Interamericana, el 9 de septiembre de 2015, invocando el artículo 335 de la Constitución que lo que regula es el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado venezolano de ejecución directa de la Constitución, intentaron lo que denominaron una “acción de control de convencionalidad” “con respecto al sentido, alcance y aplicabilidad de la decisión tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 22 de junio de 2015, en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, con fundamento en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos,” solicitando de la Sala que declarase la “inejecutabilidad” de dicha sentencia mediante “sentencia definitivamente firme sin relación ni informes.”

Los abogados del Estado, en efecto, argumentaron que las dudas sobre la sentencia dictada por la Corte Interamericana provenían de que en la misma:

“no sólo se hacen declaraciones acerca de las supuestas violaciones a derechos humanos por parte del Estado Venezolano a los solicitantes; sino que adicionalmente el fallo contiene órdenes de hacer que a juicio de esta Procuraduría coliden directamente con normas de protección constitucional establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como explicaremos más adelante en el presente escrito recursivo.”

Sobre ello, los representantes del Estado consideraron que era “de vital importancia” el “determinar el sentido, alcance y ejecutabilidad del fallo, cuyo control de convencionalidad” solicitaron, para poder cumplir cabalmente con sus “competencias como órgano asesor, representante y defensor de los intereses patrimoniales de la República,” pues de la “simple lectura del fallo” le surgían:

“serias dudas acerca de la posibilidad de ejecutar las órdenes contenidas en el mismo sin transgredir el ordenamiento constitucional venezolano y más importante aún, sin violar derechos humanos y derechos subjetivos de terceros, legítimamente adquiridos; como consecuencia de la no renovación del Contrato de Concesión del espacio radioeléctrico que había sido otorgada a la empresa RCTV, S.A. y que venció el día 27 de mayo de 2007.”

Alegaron además los representantes del Estado, que:

“la ejecución de las mencionadas órdenes implicarían además el desconocimiento de otros actos y procedimientos administrativos llevados a cabo por el Estado Venezolano, a través de los cuales se terminó otorgando bajo régimen de concesión, el uso de la mencionada frecuencia radioeléctrica a la empresa TVes, quien vería interrumpido su uso de manera abrupta, sin que mediara procedimiento o justificación alguna.”

¹⁴ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992>. HTML

De allí, concluyeron los abogados del Estado que “sea materialmente imposible para el Estado Venezolano proceder a ejecutar la Sentencia mencionada sin incurrir a su vez en violación de derechos constitucionales de los trabajadores del periodismo que hacen vida en el canal de televisión que hoy en día ostenta el uso de la frecuencia radioeléctrica correspondiente al canal 2;” destacando, además, una supuesta “incongruencia” de la sentencia:

“que la hace igualmente inejecutable, al realizar declaraciones evidentemente contradictorias, toda vez que por una parte se señala expresamente que “...no se encuentra probado que el Estado haya violado el derecho de propiedad privada, contemplado en el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana...”, para luego ordenar, por una parte, el restablecimiento de la concesión y por la otra, “...la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión...”

2. *Sobre la supuesta competencia de la Sala Constitucional para controlar la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Para entrar a conocer de la acción interpuesta, y sobre su propia competencia, la Sala Constitucional invocó lo que había decidido en la sentencia N° 1.547 de 17 de noviembre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),¹⁵ mediante la cual declaró “inejecutable” la sentencia dictada por la Corte Interamericana dictada un mes antes en el caso *Leopoldo López vs. Venezuela*, y en la cual inventó que además de velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución,

“tiene la facultad, incluso de oficio, de “verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano).”

Con base en ello, la Sala Constitucional, simplemente, cambió la calificación de la acción intentada, que denominó como acción de “control de constitucionalidad,” o “una modalidad innominada de control concentrado,” ratificando que le correspondía “ejercer un control sobre la sentencia a ejecutar, ante una aparente antinomia” entre la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, “producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 22 de junio de 2015 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela,” por violación de derechos de las víctimas y a ejecutar medidas reparadoras.

3. *Sobre el control ejercido por la Sala Constitucional sobre los argumentos empleados por la Corte Interamericana en su sentencia*

Establecida su competencia, la Sala Constitucional, “en su condición de órgano encargado de velar por la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” consideró que debía:

“emitir el respectivo control constitucional del fallo dictado el 22 de junio de 2015 por la Corte Interamericana, no para ejercer control sobre los argumentos en los que se sustentó el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no es su alzada, sino para determinar si es conforme o no con los principios, garantías y normas constitucionales.”

Sin embargo, lo primero y único que hizo la Sala Constitucional en su sentencia, contrariamente a esta afirmación, fue precisamente “ejercer control sobre los argumentos” esgrimidos por la Corte Interamericana al admitir la demanda en protección de los derechos humanos de los accionistas, directivos y trabajadores de la empresa RCTV, como personas naturales, y no de la persona jurídica (RCTV), haciendo referencia a una supuesta “orden impartida por la Corte, en el sentido de reparar el supuesto daño a la empresa Radio Caracas Televisión, como si se tratara de una víctima de violación de los derechos humanos,” lo cual, como resulta de la simple lectura de la sentencia de la Corte, no es cierto. Para hacer esa afirmación, sin embargo, la Sala Constitucional no hizo otra cosa que actuar como una supuesta “alzada” de la Corte Interamericana al concluir que en la sentencia “controlada”:

¹⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase sobre dicha sentencia, Allan R. Brewer-Carías, -El ilegítimo -control de constitucionalidad- de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela*, 2011,- en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124

“se denota una hilación entre la simple argumentación de la Corte para declarar la improcedencia de las excepciones del Estado venezolano, por una parte, y, por la otra, en el desarrollo del fallo contradice su propio argumento correspondiente a que su decisión tutela derechos individuales de personas naturales y no de personas jurídicas cuando se extienden en explicar cómo el Estado venezolano vulneró el derecho a la propiedad del grupo de trabajadores, directivos y periodistas o de la persona jurídica RCTV.”

Y para fundamentar su control sobre la sentencia, la Sala Constitucional apeló a la argumentación del Voto Disidente del Juez Alberto Pérez Pérez a la sentencia controlada, quién según la Sala, encontró “contradicciones en los argumentos de la sentencia en relación al dispositivo,” de lo cual la Sala Constitucional simplemente concluyó que:

“el presente fallo de la Corte Interamericana resulta inejecutable en derecho, por cuanto el mismo contraviene el artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que se ordena la restitución de los derechos de la empresa Radio Caracas Televisión C.A., mediante el mantenimiento de una concesión del espectro radioeléctrico, correspondiente al canal 2 de televisión, lo cual atenta contra el derecho irrenunciable del Pueblo venezolano a la autodeterminación, a la soberanía y a la preeminencia de los derechos humanos.”

La Sala Constitucional continuó el ejercicio del control que se arrogó sobre la sentencia de la Corte Interamericana, precisamente haciendo lo que afirmó no haría, es decir, “controlando los argumentos de la sentencia,” para lo cual hizo referencia al “alegato formal y estrictamente procesal” sobre “la pretendida extemporaneidad y preclusividad” de la excepción sobre agotamiento de los recursos internos opuesta por el Estado, utilizado, para “desestimarla” y haber así asumido la Corte Interamericana la jurisdicción para conocer de un caso, “sobre el cual actualmente cursan procesos ante la jurisdicción interna de la República.” La Sala agregó que por el “principio de subsidiariedad,” solo correspondía al Estado “resolver las denuncias de supuestas violaciones de derechos humanos,” por “razones de soberanía nacional,” y porque supuestamente “es precisamente el Estado el más enterado de la situación, el más capacitado para corregirla y el más interesado en resolver el conflicto planteado.”

Aparte de que lo último mencionado evidentemente que no es ni era cierto en la situación de un Poder Judicial sometido al control político, y, además, porque los juicios pendientes en Venezuela, después de ocho años, no habían pasado de la etapa de promoción de pruebas, con esa argumentación, la Sala Constitucional lo que hizo no fue otra cosa que controlar la argumentación de la sentencia internacional, como si fuera tribunal de alzada de la Corte Interamericana.

No tiene sentido alguno, por tanto, que la Sala Constitucional en Venezuela argumente para controlar la sentencia de la Corte Interamericana que ésta habría decidido “sin ningún sustento jurídico, que los recursos ejercidos en el derecho no han sido debidamente tramitados, en franca violación a los derechos humanos a la defensa, a un proceso con todas las garantías, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva por parte de esa Corte que está llamada a tutelar derechos humanos de todas las personas,” cuando ello es lo más evidente que ocurrió en el caso, y por eso, la condena al Estado por violación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención, al violarse con ese retardo en decidir el derecho al plazo razonable, y además las garantías al debido proceso, a ser oídos y a la defensa.

Por tanto, el mismo argumento de la Sala Constitucional en su sentencia al ejercer “el presente control de constitucionalidad” sobre los argumentos empleados por la Corte Interamericana aduciendo que “actualmente continúan los trámites jurídicos de algunos recursos internos que se siguen ante la jurisdicción venezolana, referidos al caso de la no renovación de la concesión a RCTV,” y de que por eso, no se habrían agotado los recursos internos, no es más que una admisión y confesión del propio Estado condenado, expresada a través del máximo tribunal de la República, de la violación de las garantías judiciales de las víctimas.¹⁶

¹⁶ Ello se ratifica en otras partes de la sentencia de la Sala Constitucional, como cuando afirma que: -Anteriormente esta Sala se refirió a la falta de argumentación de la Corte en sus consideraciones para desestimar las excepciones alegadas por el Estado venezolano, sobre la falta de agotamiento de los recursos en jurisdicción interna. Al respecto, el fallo de la Corte se limita a enunciar de vaga manera el supuesto retardo injustificado de este Tribunal Supremo de Justicia para decidir las acciones ejercidas por la -persona jurídica RCTV- abriendo así la posibilidad de inmiscuirse de forma arbitraria e irrespetuosa en el libre desenvolvimiento de los procesos judiciales existentes en la República Bolivariana de Venezuela, referidos a la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a no renovar la concesión para la explotación del espacio radioeléctrico a la -persona jurídica RCTV-, la cual no debe verse como una violación de derechos humanos, pues el demandante es una persona jurídica, sino como una solicitud de nulidad de un

La conclusión de toda la sentencia de la Sala Constitucional, en la cual hizo precisamente lo que anunció no haría, que era ejercer el “control sobre los argumentos” empleados por la Corte Internacional para dictar su sentencia como si fuera un tribunal de alzada, fue precisamente que “la motivación de la Corte para desechar la excepción interpuesta por el Estado venezolano es insuficiente,” quedando supuestamente “demostrado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos violó el artículo 46 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que tramitó la referida causa a pesar de que la petición formulada por las supuestas víctimas era inadmisibile por no haberse agotados los recursos en la jurisdicción interna.”

En todo caso, la Sala Constitucional continuó en su fallo ejerciendo “el control sobre los argumentos” empleados por la Corte Interamericana para decidir sobre las violaciones a la libertad de expresión, a la no discriminación, y a las garantías judiciales, el derecho al plazo razonable y de protección judicial en el procedimiento de renovación de la concesión a RCTV en perjuicio de sus accionistas, directivos y trabajadores, achacando a la Corte Interamericana la violación de la propia Convención al afirmar simplemente y por lo demás, sin ningún sustento, que:

“tales circunstancias, además de contrariar realmente los propios derechos que pretenden tutelarse, soslayan otros tantos derechos humanos, como lo son el derecho a obtener decisiones congruentes y motivadas, el derecho al juez natural (competente, independiente e imparcial), el derecho al debido proceso y, en fin, el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cuales se vinculan a las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, citado como fundamento de la decisión *sub examine*.”

Por último, la Sala Constitucional invocó lo resuelto en su sentencia N° 1.309 del 1 de noviembre de 2000, cuando declaró que “la propia Constitución, además de haber creado la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, la concibió como un órgano jurisdiccional competente para asegurar la integridad, supremacía y efectividad de la Constitución,” lo que le atribuye competencia para ejercer “la tutela constitucional en su máxima intensidad, al punto de constituirse en el máximo intérprete y garante de la Constitución, al tiempo de ser el ente rector del aparato jurisdiccional respecto a su aplicación.” De ello, la Sala determinó que luego de “considerar la solicitud de control de constitucionalidad que ha planteado la Procuraduría General de la República,” y de examinar “la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:”

“resulta inaceptable que se pretenda desvirtuar la efectividad y supremacía constitucional, intentando imponer al Estado Venezolano obligaciones que no sólo serían consecuencia de argumentos y conclusiones contradictorias carentes de veracidad, sino que se instituyen en enunciados total y absolutamente incompatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Razón por la cual, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo terminó su sentencia de “control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de junio de 2015 dictada en el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela*, declarando que la misma se dictó “en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,” y por tanto, declarando que la misma es “inejecutable”:

“por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos.

Se recuerda, por supuesto, que no fue la primera vez que la Sala Constitucional ha declarado como “inejecutables sentencias” de la Corte Interamericana de condena al Estado Venezolano. Ya ocurrió con la sentencia dictada por la Corte Interamericana el 5 de agosto de 2008 (Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* que había condenado al Estado por la violación de las garantías judiciales de unos Jueces superiores, ordenando reincorporarlos a cargos similares en el Poder Judicial, la cual tres meses después, fue objeto de control de constitucionalidad por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,¹⁷ que la declaró inexecutable en Venezuela;

acto administrativo realizado por el organismo del Ejecutivo Nacional, al que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTTEL) le ha asignado la atribución de otorgar o no un espacio a cualquiera que solicite la explotación del espectro radioeléctrico.

¹⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. Véase los comentarios sobre esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina

y ocurrió lo mismo con la sentencia de la Corte Interamericana, antes mencionada, dictada en el caso *Leopoldo López vs. Venezuela*, que la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1.547 de 17 de noviembre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),¹⁸ también declarada como “inejecutable.”

En estas dos sentencias, la Sala Constitucional concluyó con la exhortación al Ejecutivo Nacional de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que finalmente se materializó en 2012, mediante comunicación N° 125 de 6 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Canciller de Venezuela, Nicolás Maduro, quien actualmente ejerce la Presidencia, dirigida al Secretario General de la OEA.¹⁹ Por tanto, en la sentencia de la Sala Constitucional declarando inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela* de fecha 22 de junio de 2015, denunciada la Convención, lo que hizo la Sala Constitucional fue “sugerir” que el Estado venezolano acusara a los Jueces de la Corte Interamericana ante la Asamblea General de la OEA, proponiendo:

“al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde dirigir las relaciones y política exterior de la República Bolivariana de Venezuela, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como al órgano asesor solicitante de conformidad con el artículo 247 *eiusdem*, para que evalúen la posibilidad de remitir a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, copia de este pronunciamiento con el objeto de que ese órgano analice la presunta desviación de poder de los jueces integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

VIII. UNA NUEVA VIOLACIÓN A LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA POR PARTE DEL ESTADO VENEZOLANO SOBRE LA CUAL LA CORTE ESTÁ OBLIGADA A PRONUNCIARSE

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenando al Estado venezolano hizo expresa referencia al artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, en el cual se identifica a “la libertad de expresión y de prensa” como uno de los elementos fundamentales de la democracia, por lo que al declararse violado dicho derecho, ello sin duda implica la violación de la propia Carta por parte del Estado. Por ello, con la sentencia de la Sala Constitucional desconociendo la sentencia de la Corte Interamericana que declaró culpable al Estado por violación a la libertad de expresión de las víctimas, declarándola inejecutable, puede decirse que se ha producido una nueva violación a la Carta.

En efecto, tal como lo destacó el Juez Eduardo Vio Grossi en su “Voto Individual Concurrente” a la sentencia del Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, haciendo referencia al rol de la Corte Interamericana en relación con la obligación del Estado en respetar y acatar la sentencia, ello significa que ante la rebelión del Estado en ejecutar la decisión de la Corte Interamericana, materializada con la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.175 de 10 de septiembre de 2015, que constituye el primer informe que el Estado debía rendir ante la Corte Interamericana sobre “las medidas adoptadas para cumplir con la misma” conforme a lo indicado en la sentencia de la Corte (párr. 419-20), ésta tiene ahora la obligación, en virtud del dispositivo de la propia sentencia, de declarar que ha habido incumplimiento “íntegro” de la sentencia por parte del Estado, lo cual la obliga a plantearlo como violación de la Carta Democrática ante los órganos del Sistema Interamericano.

En efecto, como lo destacó el Juez Vio Grossi en su “Voto Individual Concurrente” “la Carta Democrática Interamericana es, a la vez, una “resolución de una organización internacional declarativa de derecho” y una “interpretación auténtica” de los tratados a que se refiere, incluyendo la Convención Americana, “en lo atinente, ambas, a la democracia” (párr. A.1).

y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

¹⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase sobre dicha sentencia, Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo -control de constitucionalidad- de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela*, 2011,- en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124.

¹⁹ Véase el texto en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>

Se trata de “una fuente auxiliar del Derecho Internacional, incluso de mayor relevancia que la jurisprudencia de la Corte, en tanto determina, por parte de los Estados Partes de las mismas, las reglas convencionales en la materia en cuestión”, es decir, la democracia (párr. A.2).

Conforme a la Carta, por tanto, “el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional” habiéndose adoptado la misma “con la finalidad tanto de que se resguardara debida y oportunamente la plena vigencia de la democracia como de que, en el evento en que en un Estado americano se viera alterada, ella fuese prontamente restablecida” (párr. A.a.1).

Lo importante, en todo caso, es que la Carta Democrática fue “suscrita para ser aplicada, es decir, para que tenga *efecto útil* y para que su valor lo sea para todos los Estados miembros de la OEA y para todos los órganos del Sistema Interamericano, incluyendo, consecuentemente, a la Corte (párr. A.a.3), y si bien, como destacó el Juez Vio Grossi, la sentencia indica que la misma fue invocada respecto de Venezuela en 2002, con ocasión del golpe de estado ocurrido para la restauración del estado de derecho, nada autoriza “bajo ninguna circunstancia o pretexto alguno, a las legítimas autoridades restablecidas en sus cargos, a violar los derechos humanos de quienes presumiblemente hubiesen participado en aquel ilícito internacional y menos aún, hacerlo años después de acontecido el mismo y sin que se les haya incoado acción judicial alguna por tal motivo” (párr. A.a.3).

Ahora bien, como lo destacó el juez Vio Grossi, la Corte Interamericana tiene competencia “para considerar, en los casos que le son sometidos y conoce, la conformidad o disconformidad de la conducta del Estado con la Carta Democrática Interamericana,” pues “esta última contempla, para el caso de violación de la obligación de ejercer la democracia representativa, la participación tanto de los órganos políticos de la OEA como de los órganos previstos en la Convención” (párr. A.b.1). Sin embargo, a diferencia de los órganos políticos de la OEA, a quienes compete adoptar decisiones de orden político ante las violaciones de la Carta (párr. A.b.2), si bien a la Corte:

“no le competaría condenar a un Estado parte de la Convención por violar la citada Carta, al menos debe considerar tal fenómeno en el contexto, no únicamente de los específicos hechos violatorios de los derechos humanos del caso sometido a su conocimiento y resolución, sino también de los términos de la Convención, interpretados por dicha Carta. Si no fuese así, no tendría sentido la inclusión de los derechos humanos en esta última” (párr. A.b.4).

Partiendo de esta perspectiva, es evidente que, en el presente caso de un Estado como Venezuela, desconociendo la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que lo ha condenado por violación de derechos humanos, al declarar “inejecutable” su sentencia condenatoria, tiene que ser evaluado por la Corte Interamericana en el marco de la ejecución de una decisión dictada en un caso contencioso concreto o específico, denunciado la violación de la Carta Democrática. Si bien, como lo ha expresado el Juez Vio Grossi, ello no sería obligatorio o vinculante para los órganos de la OEA:

“sí puede constituir uno de los elementos a tener presente por éstos, en el marco de la interrelación entre las diferentes instancias y órganos del Sistema Interamericano, en la eventualidad de emitir un pronunciamiento al amparo de lo previsto en la Carta Democrática Interamericana. Un pronunciamiento de la Corte en este sentido sería, por ende, una relevante contribución con relación a uno de los principales propósitos de la OEA²⁰ y principios de los Estados americanos²¹, máxime cuando en el primer considerando del preámbulo de la Convención se reafirma el “*propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*” (párr. A.b.5).

Le corresponde entonces ahora a la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarar la violación por parte del Estado de Venezuela, no sólo de sus deberes convencionales establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos por incumplir “integralmente” con la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana, sino con lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana.

²⁰ Artículo 2.b) de la Carta de la OEA: *-La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales: b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención-*.

²¹ Artículo 3.d) de la Carta de la OEA: *-Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: d) La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa-*.

En Venezuela, es bien conocido, durante los últimos años se ha producido una ruptura del orden democrático que ha afectado la totalidad de los elementos esenciales de la democracia enumerados en el artículo 4 de la Carta Democrática.²² En la realidad de funcionamiento del Estado Totalitario que se ha edificado en el país,²³ no hay efectiva vigencia de un sistema de órganos del Estado con titulares electos libremente, que esté montado sobre un real y efectivo sistema de separación e independencia de los poderes públicos. Por ello, sin un poder judicial autónomo e independiente que pueda permitir el control del ejercicio del poder,²⁴ en la práctica no hay realmente elecciones libres y justas, ni efectiva representatividad democrática; no hay pluralismo político, ni efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; no hay real y efectiva garantía del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; y no se puede asegurar que el acceso al poder y su ejercicio se hagan con sujeción al Estado de derecho, es decir, que realmente exista y funcione un gobierno sometido a la Constitución y a las leyes.²⁵

Igualmente, dada la ausencia de una efectiva vigencia de un sistema de separación e independencia de los poderes públicos que permita el control de los mismos, ninguno de los componentes esenciales de la democracia a los que alude la misma *Carta Democrática Interamericana* tiene efectiva aplicación en el país, es decir, no hay posibilidad real de exigir la transparencia y probidad de las actividades gubernamentales, ni la responsabilidad de los gobernantes en la gestión pública; no hay forma de garantizar el efectivo respeto de los derechos sociales, ni la libertad de expresión y de prensa; no se puede asegurar la subordinación de todas las autoridades del Estado a las instituciones civiles del Estado, incluyendo la militar, y al contrario lo que existe es un Estado militarizado y militarista; en definitiva, no se puede asegurar el respeto al Estado de derecho.

De lo anterior resulta, por tanto, que, en Venezuela, sólo cuando se restablezca un sistema de efectiva elección popular de sus gobernantes, y un efectivo sistema de separación de poderes que permita la posibilidad real de que el poder pueda ser controlado, es que puede haber democracia, y sólo cuando ésta esté asegurada es que los ciudadanos podrán encontrar garantizados sus derechos. Ello es precisamente lo que en Venezuela es necesario reconstruir, la democracia, y es lo que la Corte Interamericana está ahora obligada a propugnar.

Por tanto, en la situación actual de repetida condena al Estado venezolano por violación de los derechos humanos por parte de la Corte Interamericana, y ahora del desconocimiento “íntegro” y oficial de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, de la recién dictada en el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela*, declarada por el Tribunal Supremo como “inejecutable” en el país, lo que existe en los términos del artículo 19 de la Carta Democrática es una situación general

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; y -La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009),- en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517. Las violaciones a la carta Democrática Interamericana por Venezuela, por lo demás, comenzaron apenas se adoptó la misma. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Aide Memoire*, febrero 2002. *La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática Interamericana*. Caracas, febrero 2001, en http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/1.%202,%2021.%20La%20democracia%20venezolana%20a%20la%20luz%20de%20la%20Carta%20Democratica%20Interamericana%20_02-02-_SIN%20PIE%20DE%20PAGINA.pdf

²³ Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015.

²⁴ Al contrario, en Venezuela, el Poder Judicial y en particular, el Tribunal Supremo ha sido el principal instrumento de consolidación del autoritarismo y destrucción de la democracia. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Caracas 2015.

²⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, (Prólogo de Fortunato González Cruz), Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Consejo de Publicaciones/Universidad de Los Andes/Editorial Jurídica Venezolana. Mérida, octubre 2004; -Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela-, en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188.

de “ruptura del orden democrático” que afecta “gravemente el orden democrático” del mismo, lo que impone a la Corte Interamericana, al conocer de dicho incumplimiento, como lo ha expresado el Juez Eduardo Vio Grossi en su Voto Individual Concurrente (párr. A.b.5) el deber de pronunciarse.

Y en esa forma, hacer así una relevante contribución con relación a algunos propósitos definidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos que es “*promover y consolidar la democracia representativa*” (art. 2.b) y velar porque *la organización política de los Estados se establezca “sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa (art. 3.d),* máxime cuando en el primer considerando del preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos cuya aplicación la Corte está obligada a vigilar, se reafirma el “*propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.*”

51. LA CONDENA CONTRA LEOPOLDO LÓPEZ POR EL “DELITO DE OPINIÓN”.

O de cómo los jueces del horror están obligando al pueblo a la rebelión popular.

Revista de Derecho Público, N° 143-144, julio-dic. 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 438-459

Resumen: *Este trabajo analiza la sentencia del tribunal penal en Venezuela que condenó al líder político Leopoldo López, por el “delito de opinión”, sin haber cometido crimen alguno.*

Abstract: *Libertad de expresión. Delito de opinión. Persecución política.*

Palabras Clave: *This Paper analyzes the Criminal Court decision in Venezuela, condemning the political leader Leopoldo López, because his opinions, without having committed any crime.*

Key words: *Freedom of expression. Opinion as a crime. Political persecution.*

I

Leopoldo López, ex alcalde y destacado dirigente de la oposición venezolana ha sido condenado a prisión por una Juez penal, parte sin duda de los “jueces del horror” que conforman el Poder Judicial venezolano, completamente sometido y dependiente del poder político ejercido por el Poder Ejecutivo, por el “delito” de haber expresado su opinión política, públicamente, en contra del gobierno de Venezuela, todo en ejercicio de su libertad de expresión de pensamiento que le garantiza la Constitución. Para ello, la Juez provisional a cargo del Juzgado Vigésimo Octavo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas), mediante sentencia de 10 de septiembre de 2015, cuyo texto solo se conoció un mes después, el 9 de octubre de 2015, imaginó que López había sido instigador público y determinador para que otros ciudadanos supuestamente cometieran el delito de incendio y daños a bienes públicos, y además, ideó que se había asociado para delinquir, aplicando la Ley contra la Delincuencia Organizada y el Terrorismo, pero sin indicar cuál asociación ni quiénes eran sus integrantes, ni cuál era el motivo delictivo de la misma.

Esta barbaridad jurídica no es sino una muestra más de la suspensión, de hecho, de la vigencia de la Constitución, la cual sin embargo se invoca por cuanto funcionario tenga copia de ella, pero no para aplicarla, sino para violarla, como resultado de un proceso que se inició incluso antes de que la misma se hubiera puesto en vigencia en diciembre de 1999, cuando se aprobó de espaldas al pueblo, un conjunto de disposiciones transitorias inconstitucionales.¹ Con ellas se inició, desde entonces, una desenfrenada carrera por consolidar el apoderamiento del Estado por parte de quienes lo habían asaltado mediante la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, desmantelando la separación de poderes, y demoliendo, desde dentro, las instituciones democráticas, utilizando para ello los propios mecanismos de la democracia.²

¹ Véanse los comentarios sobre el Decreto de Transición Constitucional de 20 de diciembre de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; -La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela,- en *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, N° 54, Instituto Paulista de Direito Administrativo (IDAP), Malheiros Editores, Sao Paulo, 2011, pp. 5-34

El resultado logrado de todo ello es el que está a la vista, y la sentencia contra Leopoldo López es una muestra más del hecho de haber colocado a todos los poderes del Estado al servicio del autoritarismo,³ comenzando por el Tribunal Supremo de Justicia, y todo el Poder Judicial, y particularmente, por una parte, los jueces penales convertidos en agentes de la persecución política, y por la otra, la Sala Constitucional que se convirtió en el más diabólico instrumento del Estado Totalitario, porque además, siendo el “guardián de la Constitución” no tiene quien la controle.⁴

El resultado ha sido que luego de quince años, casi todo el Poder Judicial ha quedado conformado por jueces temporales o provisorios, y por tanto, dependientes del Poder político;⁵ y los otros poderes de control, todos han quedado sometidos y neutralizados por el Poder Ejecutivo, de manera que tenemos una Contraloría que no controla, una Defensoría del Pueblo que no protege ni defiende, un Ministerio Público que lo que hace es perseguir a los opositores, dejando impunes los cientos de asesinatos callejeros; y un Poder Electoral que parece ser el agente político de los candidatos del Estado.

Pero eso sí, todos hacen la propaganda de que actúan “legalmente,” pues como lo manifestó la Defensora del Pueblo en marzo de 2014 al referirse a la inconstitucional detención y encarcelamiento del Alcalde de la oposición Vicencio Scarano Spisso ordenada por el Tribunal Supremo sin debido proceso, usurpando la jurisdicción penal, por el supuesto delito de desacato a un mandamiento de amparo, revocándole de paso su mandato electivo,⁶ para justificarla, que:

“Es imposible que con la presencia de todos los poderes públicos se cometa una ilegalidad.”⁷

Es decir, que supuestamente, si el Estado totalitario –que es el que controla la totalidad de los poderes y de la vida de los ciudadanos– viola los derechos humanos, si ello lo hace *con la participación de todos los poderes públicos* incluyendo el Poder Judicial controlado, así sea todo contrario a la Constitución, entonces ello es “legal;” lo que hace recordar la terrible conclusión a la cual llegó un destacado lector de la traducción que hizo Carlos Armando Figueredo del libro de Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, sobre la conducta de los jueces durante el nazismo,⁸ de que “los atropellos, las prisiones, las torturas y aún el exterminio en masa se hicieron de manera legal y apegado a la norma,” pues estaban apoyados por todos los poderes públicos que comandaba un autócrata.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

⁴ 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; *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una -jurisdicción disciplinaria judicial-), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103; y “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary”, en Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol 7, Springer 2015, pp. 205-231; publicado también en el libro: *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42.

⁶ Véase sentencia N° 138 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 17 de marzo de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205.HTML> Véase los comentarios 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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo)-”, en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176-213

⁷ Véase lo declarado por Gabriela Ramírez, Defensora del Pueblo, en Juan Francisco Alonso, “Con caso Scarano TSJ echó a la basura 12 años de jurisprudencia. Juristas alertan que Sala Constitucional no puede condenar a nadie”, en *El Universal* viernes 21 de marzo de 2014, en <http://www.eluniverso.com/nacional-y-politica/140321/con-caso-scarano-tsj-echo-a-la-basura-12-anos-de-jurisprudencia>

⁸ Véase Ingo Müller, *Hitler's justice: The Courts of the Third Reich*, Cambridge University Press, 1991. Traducción al castellano por Carlos Armando Figueredo: Ingo Müller, *Los Juristas del Horror*, Caracas 2006.

II

En Venezuela, precisamente, ese control absoluto que el régimen autoritario ejerce sobre el Poder Judicial es lo único que explica que, entre los innumerables abusos cometidos contra dirigentes de oposición, se haya encarcelado y condenado a más de 13 años prisión a Leopoldo López, por el sólo hecho de haber sido uno de los líderes del movimiento de calle que se convocó en todo el país en febrero de 2014, generando manifestaciones pacíficas de protesta y de rechazo al régimen.

Por ello, y por expresar su opinión política en esas manifestaciones, el Ministerio Público controlado por el Poder Ejecutivo lo acusó de todos los delitos inimaginables como homicidio, terrorismo, incendio y daños, y además, de los delitos de instigación pública y asociación para delinquir,⁹ de manera que a su solicitud, y sin prueba alguna, inmediatamente, en el mismo mes de febrero de 2014 a López se le dictó auto de detención.¹⁰ Para ello, nada importó que varios de los delitos invocados efectivamente se hubieran cometido por militares, agentes de la policía política o grupos de exterminio paramilitares, como quedó evidenciado en cientos de videos que circularon por las redes sociales, los cuales, en lugar de haber sido aceptados como pruebas, la Fiscalía General de la República lo que hizo fue calificar a dichas redes como “perversas,” precisamente porque por el control férreo que el Estado ejerce sobre los medios de comunicación y por la censura, esas redes fueron el único medio de información que hubo sobre los actos cometidos.¹¹

Luego de desecharse la imputación penal por cargos tan absurdos como los de homicidio y terrorismo,¹² y una vez formalizada la acusación, más de un año después de la parodia que se siguió con la denominación de “juicio” que se había iniciado en junio de 2014,¹³ desarrollada precisamente en un Poder Judicial sometido, una Juez cuyo nombre ni merece ser mencionado en esta crónica (la juez provisional a cargo del Juzgado Vigésimo Octavo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial del Área metropolitana de Caracas), mediante sentencia dictada el 10 de septiembre de 2015, condenó a Leopoldo López a 13 años, 9 meses y 12 horas de prisión, siguiendo lo exigido en la acusación, por haber sido supuestamente el *determinador de los delitos de incendio y daños, y el autor de los delitos de instigación pública y de asociación para delinquir*.¹⁴ Como lo apreció con razón *Amnistía Internacional*, la sentencia se dictó “sin ninguna evidencia creíble en su contra” lo que “muestra la absoluta falta de independencia e imparcialidad judicial en Venezuela,” agregando que:

“Los cargos contra Leopoldo López nunca fueron adecuadamente sustanciados y la sentencia de prisión en su contra tiene una clara motivación política. Su único ‘crimen’ es ser líder de un partido opositor en Venezuela.”

Nunca debió haber sido arrestado arbitrariamente o enjuiciado en primer lugar. Es un prisionero de conciencia y debe ser liberado inmediata e incondicionalmente.

Con esta decisión, Venezuela está eligiendo ignorar principios básicos de derechos humanos y dando una luz verde a más abusos.”¹⁵

⁹ Véase -Fiscalía presentó acusación contra Leopoldo López,- *El Nacional*, Caracas 14 de abril de 2014, en http://www.el-nacional.com/politica/Fiscalia-General-acusacion-Leopoldo-Lopez_0_385_161540.html

¹⁰ Véase -Un tribunal ordena la detención de Leopoldo López,- en *El Tiempo.com.ve*, Puerto la Cruz, 13, de febrero de 2014, en <http://eltiempo.com.ve/venezuela/politica/un-tribunal-ordena-la-detencion-de-leopoldo-lopez/126105>

¹¹ Véase Luisa Ortega Díaz: Las redes sociales se han convertido en un mecanismo perverso-, *Noticiero Digital.com*, 23 de marzo de 2014, en <http://www.noticierodigital.com/2014/03/luisa-ortega-diaz-las-redes-sociales-se-han-convertido-en-un-mecanismo-perverso/>

¹² Véase -desechan cargos por terrorismo y homicidio a Leopoldo López,- en *El Universal*, 20 de febrero de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140220/desechan-cargos-de-terrorismo-y-homicidio-a-leopoldo-lopez>

¹³ Véase -Ministerio Público logró pase a juicio de Leopoldo López por hechos de violencia del 12 de febrero,- en *Correo del Orinoco*, 5 de junio de 2014, en <http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/ministerio-publico-logro-pase-a-juicio-leopoldo-lopez-por-hechos-violencia-ocurridos-12-febrero/>

¹⁴ Véase el texto del escrito la acusación en http://cdn.eluniversal.com/2014/06/02/ACUSACION_LEOPOLDO.pdf

¹⁵ Véase las declaraciones de Erika Guevara-Rosas, Directora para las Américas de Amnistía Internacional, en -Venezuela: Sentencia contra líder de la oposición muestra absoluta falta de independencia judicial,- *Amnistía Internacional*, 10 de septiembre de 2015, en <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2015/09/venezuela-sentence-against-opposition-leader-shows-utter-lack-of-judicial-independence/>

III

La acusación contra Leopoldo López, en efecto, como resulta del texto mismo de la acusación fiscal, se basó en el hecho de que él se habría expresado a través de tres medios distintos de comunicación, haciendo:

“llamados a la violencia, desconocimiento de las autoridades legítimas y la desobediencia de las leyes, que desencadenó en el ataque desmedido por un grupo de personas que actuaron de forma individual, pero determinados por los discursos del mencionado ciudadano, contra la sede del Ministerio Público, de siete carros, de los cuales seis eran patrullas pertenecientes al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, de igual forma, atacaron y destruyeron la plaza de Parque Carabobo, actos éstos vandálicos ejecutados con objetos contundentes e incendiarios.”

Todos dichos actos, a juicio de la acusación:

“fueron ejecutados como consecuencia de la persuasión e inducción realizada por el ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza, quien ejerció una fuerte influencia no solo en su manera de pensar, sino en las potenciales acciones de sus destinatarios, quienes actuaron y cumplieron cabalmente el mensaje de ir por las cabezas de los Poderes Públicos y desconocer las autoridades legítimas.”

Concluyendo el Ministerio Público, que era:

“evidente que todo el aparataje empleado por el ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza, no fue realizado por sí mismo, necesariamente contó con una estructura delictiva, que le permitía operar, especialistas en discurso, en twitter, en telefonía, financiamiento, entre otras cosas, en fin todo para poder desarrollar su plan criminal, que no era otro que persuadir e inducir a un grupo de personas que comparten su discurso para desconocer las autoridades legítimas y las leyes y propiciar la salida del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”¹⁶

La acusación estuvo montada para perseguir un “delito de opinión”, dedicando buena parte del texto a citar un informe pericial de una experta en lingüística (Rosa Amelia Asuaje León),¹⁷ la cual al analizar el “discurso” de Leopoldo López, pudo afirmar –solo en forma de hipótesis– que “por los hallazgos que arrojan los textos analizados, los discursos del ciudadano Leopoldo López (los días previos al 12 de febrero del presente año) *podieron preparar* a sus seguidores para que activaran lo que él llamó #LaSalida del día 12 de febrero y los días subsiguientes;” considerando además la experta, que:

“el orador (Leopoldo López) al cultivar la ira en su discurso, argumentando en contra del actual gobierno nacional, *pudo haber transferido* este sentimiento a su público (seguidores), mediante la activación de un mecanismo discursivo que él denominó #La Salida, bajo una argumentación que denunciaba al presente gobierno (dirigido por el presidente Nicolás Maduro) de haber cometido una serie de faltas, excesos y omisiones que *podieron haber exacerbado* a quienes siguen a Leopoldo López para materializar esa salida por una posible vía violenta, toda vez que el orador (Leopoldo López) se dirigió a sus destinatarios sin detallar que la salida iba a ser pacífica, por ejemplo, y que la misma estaría amparada en el marco de la Constitución...”

Luego, la perito, pasó a referirse al artículo 350 de la Constitución –que por cierto nada tiene que ver con la experticia en lingüística– indicando que el mismo “se activaría, siempre y cuando, se den las condiciones en él previstas: si el régimen de gobierno, cualquiera que fuese, llegase a contrariar los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos,” agregando que:

“El discurso del ciudadano Leopoldo López emitido el 23 de enero del presente año argumenta que el actual gobierno nacional, encabezado por el presidente Nicolás Maduro es antidemocrático, entre otros calificativos, y que no hay respeto por los derechos fundamentales de los venezolanos como la vida, salud, seguridad, alimentación o al trabajo; sin embargo, no basta con que el locutor los enuncie para que estos sean verdaderos.

Es consecuencia, es importante reiterar que plantear una salida de cualquier gobierno democrático, fuera del marco de la Constitución, y cuyo escenario serán las calles, no conlleva a pensar, en ningún momento y bajo ningún sentido lógico, que esa lucha tendrá como propósito la no violencia. Un acto de subversión del orden establecido, del *statu quo*, siempre acarreará el peligro de ser violento.”

¹⁶ Véase el texto del escrito la acusación en http://cdn.eluniversal.com/2014/06/02/ACUSACION_LEOPOLDO.pdf

¹⁷ Debe destacarse que esta experta en lingüística es columnista en el portal web Aporrea.org. Véase <http://www.aporrea.org/autores/rosa.asuaje/>

O sea, siempre en el terreno de las hipótesis, la perito en lingüística entró a considerar cuestiones jurídicas como las que giran en torno a la interpretación del artículo 350 de la Constitución, llegando a la conclusión de que toda persona que invoque el derecho ciudadano a la desobediencia civil y a la resistencia frente a gobiernos que se consideran ilegítimos que garantiza la Constitución en dicha norma, necesariamente tendrá un propósito violento.

Ese análisis, precisamente fue el fundamento para la acusación formulada contra Leopoldo López por el “delito de opinión,” aun cuando este se haya encubierto por el Ministerio Público, al concluir la acusación indicando que:

“la conducta desplegada por el imputado *Leopoldo Eduardo López Mendoza*, se subsume en los delitos de *determinador en el delito de incendio*, previsto y sancionado en el artículo 343 en relación con el artículo 83 ambos del código penal; *determinador en el delito de daños*, previsto y sancionado en los artículos 473, numeral 3º y 474 en relación con el artículo 83 todos del código penal; *autor en el delito de intimidación pública*, previsto y sancionado en el artículo 285, del Código Penal y *asociación*, previstos y sancionado en el artículo 37 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al terrorismo, en *concurso real de delitos*, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Código Penal; todo lo cual se soporta en los diversos elementos de convicción obtenidos en una imparcial, objetiva, expedita y científica investigación, y con fundamento en los siguientes argumentos.”

O sea, no es que el acusado haya sido autor del delito de incendio o daño, sino que de lo que se le acusó fue de haber sido el “determinador” o “inductor” del mismo, en el sentido de haber causado “la resolución criminal en otra persona” de cometer dichos delitos considerando la acusación, para ello, que su actuación y su discurso político fue la “condición *sine qua non* de la resolución delictiva del autor, de modo que no es posible inducir a quien ya estaba convencido o decidido a cometer el hecho típicamente perseguible.” Es decir, como lo dijo el Fiscal:

“La persona que induce a otra en la comisión de un crimen, no lo realiza ella, ni colabora en su ejecución, se transmite una idea criminosa, llevando el provocador en su inteligencia la misma finalidad que inculca en la del provocado, en ello coparticipan de un mismo hecho criminal.”

Por ello, el Fiscal acusador precisó que supuestamente:

“Era clara la estrategia fijada por el ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza y su grupo estructurado, de utilizar los medios de comunicación social convencionales y alternativos para darle fuerza a sus discursos de contenido violento, pues su único propósito era desaparecer la tranquilidad pública, al llamar a un grupo de personas en correspondencia con su alocución para desconocer las autoridades legítimas y las leyes.”

Y la conclusión del Fiscal fue entonces que:

“La participación del ciudadano Leopoldo López, no consistió en desplegar de manera directa los delitos de Incendio y Daños, pero existen elementos, como la *experticia de análisis de los discursos del imputado Leopoldo López*, suficientes para estimar que sí determino e indujo a los manifestantes a realizar *un ataque en contra de la sede del Ministerio Público, y en contra de bienes del Estado Venezolano*, lo cual realizó de manera pública, desde días anteriores, e inclusive el mismo 12 de febrero de 2014, en un discurso donde incitaba a desconocer a la autoridad legítimamente constituida e ir por las cabezas de los Poderes Públicos, siendo sin duda una influencia psicológica significativa para un grupo de personas que actuaron *determinados por los discursos del ciudadano Leopoldo López*, y en consecuencia *ejecutaron la instrucción impartida*, resultando en principio atacada el Ministerio Público, posteriormente fueron embestidas otras instituciones del Estado, también determinados por la convocatoria a la desobediencia y al ataque formulado por el imputado, *tal como se evidencia en la experticia de análisis de discurso*, la cual arroja entre otros particulares “...que el ciudadano Leopoldo López posee un *ethos* discursivo que domina e incide sobre el *ethos* de sus destinatarios; en consecuencia, todo aquello que el destinador o locutor le diga a sus destinatarios, ejercerá una fuerte influencia, no sólo en su manera de pensar, sino en las potenciales acciones que los destinatarios pueden realizar, actuando en consecuencia, de allí que lo que él diga o pueda transmitir a su audiencia sea transferido efectivamente, tanto, que sus destinatarios se sienten animados a seguir, en acciones, lo que este les indica que deberían hacer, aunque no les explique claramente...”

En ocasión a tal llamado, con la plena y total convicción que su convocatoria en tales términos sería acatada por el colectivo, principalmente por los estudiantes, intencionalmente el imputado Leopoldo López, los llamó a ir por las cabezas de los poderes públicos y las instituciones, por lo cual un grupo de personas, algunos de ellos ya acusados por el Ministerio Público, fueron a acatar el llamado de Leopoldo López, y arremetieron en contra de la sede de la Institución, con la intención de ocasionar daños, incendiaron dicha sede tal como lo refleja la Inspección Técnica practicada por los funcionarios adscritos a la Unidad

Criminalística para vulneración de Derechos Fundamentales del Ministerio Público, la cual arroja como resultado que tanto en el área de Biblioteca central del Ministerio Público, como en la puerta de acceso, hubo combustión, que fue neutralizada posteriormente por funcionarios adscritos a la Dirección de Seguridad de la Institución, lo cual evidencia la perpetración del delito de incendio” (Destacados nuestros).¹⁸

O sea, que de un discurso político opositor en el cual se reclamó la ilegitimidad del gobierno y la necesidad de su cambio, pero en el cual nunca se mencionó, ni se dijo ni directa ni indirectamente que había que ir a incendiar o dañar determinados bienes o edificaciones, y menos los de propiedad pública, el Fiscal dedujo solo por un malabarismo “lingüístico” que Leopoldo López, intencionalmente, supuestamente le habría impartido una instrucción a los manifestantes de ir a incendiar y dañar bienes públicos induciéndolos en particular a que debían ir a incendiar y causar daños a la sede del Ministerio Público. Tan simple y aberrante como eso.

Por ello, de esa acusación, como lo destacó José Ignacio Hernández, en realidad, lo que se evidencia fue:

“que el juicio a Leopoldo López se inició en función a las opiniones por él expresadas. Es decir, López no está siendo enjuiciado por incendiar o destruir edificios. Esos hechos violentos, sin duda alguna, justifican todo rechazo y el inicio de las investigaciones correspondientes. Pero de eso no trata el proceso contra López. El proceso penal versa, básicamente, sobre un juicio a las opiniones políticas de López.”¹⁹

De ello, la conclusión del mismo José Ignacio Hernández fue, con razón, que hasta donde entendía:

“no se ha considerado que Leopoldo López llamó directa y enfáticamente a quemar o destruir edificios ni a desobedecer las Leyes. Por el contrario, lo que se considera es que su discurso político, al llamar a protestas para la salida del Gobierno, habría degenerado en hechos de violencia e incitaciones para violar Leyes. Es decir, el juicio penal se basa en la interpretación del discurso político, más que en el discurso en sí.

La relación de causalidad es por ello mediata, no inmediata. Tan es así que para acreditar los delitos por los cuales fue acusado se requirieron más de doscientas páginas y hasta un informe experto. Un delito de opinión, por parte de un político, para ser consistente con la libertad de expresión, no debería pasar por un análisis tan detallado. Solo puede haber delito de opinión en un político si su discurso, de manera clara, directa, expresa y sin margen de duda alguna, constituye un delito. Caso concreto, deberá favorecerse a la libertad de expresión.”²⁰

Nada de eso ocurrió en este caso: López no llamó ni incitó a nadie, ni directa ni indirectamente, y mucho menos intencionalmente para que fuera a incendiar o dañar bienes de naturaleza alguna, por lo que nunca pudo haber sido “determinador” de esos delitos; ni se asoció con nadie con intención criminal, con el propósito de que se cometieran esos delitos. Y en todo caso, del largo relato de la sentencia nada de ello se probó en juicio.

IV

Pero ello no lo tomó en cuenta ni el Ministerio Público ni la Juez. En el caso de Leopoldo López, el objetivo del gobierno era apresararlo para sacarlo de la escena política. Ya antes lo había intentado hacer al decretar el Contralor General de la República, sin duda por encargo del gobierno, su inhabilitación política,

¹⁸ Véase el texto del escrito la acusación en http://cdn.eluniversal.com/2014/06/02/ACUSACION_LEOPOLDO.pdf

¹⁹ Véase José Ignacio Hernández, -Todo lo que debe saber para entender por qué se enjuicia a Leopoldo López,- en *Pro-davinci*, 16 de junio de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/todo-lo-que-debe-saber-para-entender-por-que-se-enjuicia-a-leopoldo-lopez-por-jose-i-hernandez/>

²⁰ Véase José Ignacio Hernández, -Todo lo que debe saber para entender por qué se enjuicia a Leopoldo López,- en *Pro-davinci*, 16 de junio de 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/todo-lo-que-debe-saber-para-entender-por-que-se-enjuicia-a-leopoldo-lopez-por-jose-i-hernandez/>

lo que está prohibido no sólo en la Constitución,²¹ sino en la Convención Americana de Derechos Humanos, razón por la cual la Corte declaró responsable al Estado de su violación.²²

Ahora había que apresarle por lo que decía, por su discurso opositor y por su liderazgo, y no otra cosa se deduce de la acusación fiscal en su contra, en la cual absurdamente se argumenta que en febrero de 2014 Leopoldo López, como líder político de oposición, no es que tenía un partido político y unos seguidores, sino “todo un aparataje” que según la Fiscalía, constituía una “estructura delictiva,” que además contaba con “especialistas en discurso, en twitter, en telefonía, financiamiento, entre otras cosas,” es decir todo lo que usualmente tiene y hace un partido y los grupos políticos en un país democrático, llegando a afirmar que todo ello, no era para participar legítimamente en el juego democrático, sino “para poder desarrollar su plan criminal,” que solo era “persuadir e inducir a un grupo de personas que comparten su discurso para desconocer las autoridades legítimas y las leyes y propiciar la salida del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”

O sea, que con esa acusación todo el que haga oposición en Venezuela, es decir, que acuse al gobierno de ilegítimo, y que propugne su salida del poder, corre el riesgo de que se lo acuse de cualquier delito, pues cualquier partido político bajo esa óptica fiscal es una “estructura delictiva” o “banda de criminales.”

La consecuencia de ese enfoque autoritario, como era previsible y lo habían anunciado funcionarios gubernamentales, fue que el día 10 de septiembre de 2015, la Juez de la causa dictase contra Leopoldo López la sentencia condenatoria en el caso, por considerar que en el juicio, supuestamente había quedado “acreditada su responsabilidad penal por la comisión de los delitos *de determinador en el delito de incendio* previsto y sancionado en el artículo 343, primer aparte en relación con el artículo 83, ambos del Código Penal; *de determinador en el delito de daños* previsto y sancionado en los artículos 473.3 y 474 del Código Penal, en relación con el artículo 83 del mismo Código; de *autor en el delito de instigación pública* previsto y sancionado en el artículo 285 el Código Penal y *asociación para delinquir* previsto y sancionado en el artículo 37 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al terrorismo” (página 2).²³

La aberrante sentencia solo se publicó el 1º de octubre de 2015, los abogados de la defensa solo pudieron tener copia de la misma varios días después,²⁴ y la misma solo pudo conocerse públicamente casi un mes después de dictada, el 9 de octubre de 2015. Sobre la sentencia, el abogado coordinador de la defensa de Leopoldo López, aún antes de tener copia de la misma y del estudio que hizo de su lectura en el Tribunal, globalmente consideró que estaba:

²¹ Allan R. Brewer-Carías, -La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como -inejecutable-), en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012*, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371; y -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 2011, pp. 65-104.

²² La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Leopoldo López vs. Venezuela se dictó el 1º de septiembre de 2011, pero fue declarada -inejecutable- en Venezuela por sentencia de la Sala Constitucional N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>). Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, -El ilegítimo -control de constitucionalidad- de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela, 2011*,- en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124. Véase también el Comunicado de 37 juristas a favor de Leopoldo López, en *El Universal*, 28 de septiembre de 2011, <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/110928/comunicado-de-37-juristas-a-favor-de-leopoldo-lopez>

²³ Ello, con algunas variantes fue lo que la prensa pudo informar al dictarse la sentencia. Véase -Tribunal sentenció a Leopoldo López 13 años de prisión por responsabilidad en violencia de 2014,- en *Venezolana de Televisión*, 10 de septiembre de 2015, en <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2015/09/10/tribunal-sentencio-a-leopoldo-lopez-a-mas-de-13-anos-y-9-meses-8551.html>

²⁴ Véase la reseña de Edgar López, -Sentencia contra López y los estudiantes es una narración de hechos sin pruebas,- en *El Nacional*, 3 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/Sentencia-Lopez-estudiantes-narracion-pruebas_0_712729003.html

“cargada de vicios y que sus argumentos son débiles. Es débil especialmente desde el punto de vista probatorio: nunca se acreditó el determinante en daños, hay ausencia de evidencia en cuanto al delito de o de asociación para delinquir. Se basa en los testimonios de los expertos que analizaron el discurso y el Twitter de López, Rosa Amelia Asuaje y Mariano Alí, pero toma extractos con pinza que no reflejan la realidad de lo que dijeron y se contradicen con el testimonio de otros testigos que aclararon que Leopoldo López nunca llamó a la violencia.”²⁵

Por ello es que, como lo reseñó la prensa, el mismo Leopoldo López, durante su exposición ante la juez cuando dictó la sentencia le haya dicho que:

“Usted tiene más miedo de dictar esta sentencia que yo de escucharla,” afirmando que “el proceso en su contra buscaba criminalizar la palabra, por cuanto se le estaba acusando de incitar a los hechos de violencia registrados el año pasado por impulsar ‘La Salida,’ la cual consideró que “era constitucional y enumeró los mecanismos constitucionales que, según él, la permiten; y la justificó asegurando que los poderes públicos en Venezuela violan la Carta Magna.”²⁶

Sobre esta condena, José Ignacio Hernández, en síntesis y con toda razón, observó que la misma no es otra cosa sino “un grave caso de violación de Derechos Humanos que afecta sensiblemente al sistema democrático,” considerando que Leopoldo López “es un “prisionero de conciencia,” es decir, “una persona que ha sido juzgada y condenada por sus opiniones políticas.” En el caso, señaló Hernández, López fue “condenado por lo que el Estado interpretó que dijo y no por ningún hecho cierto y concreto;” en “un proceso de contenido político en el cual, desde un comienzo, se sabía el final.”²⁷

Como lo observó Luis Ugalde S.J.:

“Sin probar delito alguno, Leopoldo López fue condenado a 14 años de cárcel. Muchos sabíamos que Venezuela estaba bajo una dictadura mal disfrazada, pero ahora el mundo se va enterando de que este Régimen es el gran empobrecedor de los pobres, con una inflación que supera el 200% en dos años y un desabastecimiento que constituye una calamidad nacional, y que en Venezuela no hay estado de derecho.

¿Cuál es el delito de Leopoldo López, Antonio Ledezma, de los cuatro estudiantes condenados, de los presos políticos y de los inhabilitados y perseguidos? Ni violencia, ni muerte; si de eso se tratara el Gobierno y sus jueces estarían atareados con los 25.000 asesinatos por año. Su “delito” consiste en ser opositores con liderazgo. El Régimen, a su conveniencia, decide quiénes han de ser difamados, sometidos a escarnio, encarcelados, exiliados o inhabilitados. Así fue en la Alemania nazi, en la Unión Soviética, en China, o en Cuba: todo disidente, todo líder que exprese su desacuerdo, es un “delincuente.” Tomada la decisión, lo que sigue es simple tramoya y decoración del escenario para justificar la condena y la ejecución pública. A Leopoldo López no le han probado ningún delito para condenarlo a 14 años, pero es lo que estaba en la voluntad del poder dictatorial.”²⁸

V

Y así fue; en un paródico proceso, a Leopoldo López se lo condenó a prisión, no porque haya cometido delito alguno, sino porque el Estado consideró que su discurso político había que criminalizarlo, es decir, había que criminalizar el ejercicio de su libertad de expresión del pensamiento que le garantiza la Constitución, y por ello, se lo condenó por haber expresado sus ideas políticas; y todo, con el falaz argumento de que supuestamente, por sus palabras, habría sido “determinador” de que otras personas, que ni siquiera conocía, en el curso de una manifestación pública, hubieran supuestamente incendiado y dañado unos bienes de propiedad pública, aun cuando en su discurso nunca se refirió a tales acciones; y porque además,

²⁵ Véase la reseña de Álex Vásquez, -Con declaraciones de los propios testigos rebatirán la condena de López,- El Nacional, 5 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/declaraciones-propios-testigos-rebatiran-Lopez_0_713928718.html

²⁶ Véase las reseñas: -Jueza condena a Leopoldo López a casi 14 años de cárcel por hechos del 12F,- en El Universal, 10 de septiembre de 2015, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/150910/jueza-condena-a-leopoldo-lopez-a-casi-14-anos-de-carcel-por-hechos-del-12-F,-> -Condenaron a Leopoldo López a 13 años y 9 meses de cárcel por los hechos de violencia del 12-F,- en El Nacional, 11 de septiembre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/Condenaron-Leopoldo-Lopez-hechos-violencia_0_700129993.html

²⁷ Véase José Ignacio Hernández, -Sobre el juicio y la condena a Leopoldo López,- en Prodavinci, 11 de septiembre de 2015, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-juicio-y-condena-a-leopoldo-lopez-por-jose-ignacio-hernandez/>

²⁸ Véase Luis Ugalde, -Leopoldo, dictadura, elecciones,- en El Nacional, Caracas, 24 de septiembre de 2015, en http://www.el-nacional.com/sj_-luis_ugalde/Leopoldo-dictadura-elecciones_0_70732_9426.html

supuestamente, era parte de una “asociación para cometer hechos punibles” y habría instigado a desobedecer las leyes, pero sin siquiera identificarse dicha “asociación criminal para delinquir” ni a los supuestos “asociados” conspiradores.

Como lo recordó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al manifestar su preocupación por la omisión del Poder Judicial venezolano en publicar durante casi un mes el texto de la sentencia contra López, el mismo fue un proceso para declarar a Leopoldo López “*culpable por los delitos vinculados al ejercicio de la libertad de expresión y sus derechos políticos*” condenándolo por los delitos de “instigación pública, daños a la propiedad, incendio intencional, asociación para delinquir,” considerando que:

“el abuso de tipos penales vagos y ambiguos, que permiten la atribución de responsabilidades a quienes participan o convocan a una manifestación, genera un efecto amedrentador en el ejercicio del derecho a la protesta, que resulta incompatible con los principios democráticos.”

Agregó además la Comisión Interamericana en su Comunicado de Prensa del 25 de septiembre de 2015, al mostrar su preocupación por la falta de publicación de la sentencia de condena, que:

“el derecho a la protesta incluye el derecho a elegir la causa y objetivo de la misma; y el llamado no violento a un cambio de la política estatal o del propio gobierno forma parte de los discursos especialmente protegidos,” de manera que “la responsabilidad por actos de violencia cometidos durante una protesta debe ser atribuida en forma individual.”²⁹

VI

Esos delitos que se atribuyeron, respecto de los cuales la Juez de la causa contra Leopoldo López encontró que éste supuestamente habría sido “determinador” en su comisión por otros, fueron, en efecto, los delitos de “incendio” y de “daño,” además de considerarlo como “autor” de los delitos de “instigación pública” y de “asociación para delinquir.”

Según el texto de la sentencia, el primero de los delitos mencionados, del que se atribuye a Leopoldo López haber sido *determinador*, es el *delito de incendio* que es uno de los delitos “contra la conservación de los intereses públicos y privados,” referido al incendio de construcciones, que está previsto y sancionado el artículo 343 del Código Penal, en el cual se dispone que:

“Artículo 343. El que haya incendiado algún edificio u otras construcciones, productos del suelo aun no recogidos o amontonados, o depósitos de materias combustibles, será penado con presidio de tres a seis años.

Si el incendio se hubiere causado en edificios destinados a la habitación o en edificios públicos, o destinados a uso público, a una empresa de utilidad pública o plantas industriales, al ejercicio de un culto, a almacenes o depósitos de efectos industriales o agrícolas, de mercaderías, de materias primas inflamables o explosivas o de materias de minas, vías férreas, fosos, arsenales o astilleros, el presidio será por tiempo de cuatro a ocho años.

En la misma pena incurrirá quien por otros medios causare daños graves a edificios u otras instalaciones industriales o comerciales.

El que haya dañado los medios empleados para la transmisión de energía eléctrica, o de gas o quien haya ocasionado la interrupción de su suministro, será penado con prisión de dos a seis años.”

El segundo de los delitos respecto del cual la sentencia le atribuye a Leopoldo López haber sido *determinador*, es el *delito de daños*, que es uno de los delitos “contra la propiedad,” previsto y sancionado en los artículos 473.3 y 474 del Código Penal, en los que se dispone:

“Artículo 473. El que de cualquier manera haya destruido, aniquilado, dañado o deteriorado las cosas, muebles o inmuebles, que pertenezcan a otro, será castigado, a instancia de parte agraviada, con prisión de uno a tres meses.

La prisión será de cuarenta y cinco días a dieciocho meses, si el hecho se hubiere cometido con alguna de las circunstancias siguientes [...]:

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, -Comunicado de Prensa,- 25 de septiembre de 2015, en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/107.asp> Véase la noticia en la reseña -CIDH pide a Venezuela publicar sentencia contra Leopoldo López,- donde se menciona que -el secretario general de la OEA, Luis Almagro, pidió recientemente que la comunidad internacional tenga acceso a la sentencia condenatoria de López, quien ha recibido muestras de apoyo y solidaridad de Gobiernos, expresidentes, organizaciones no gubernamentales y artistas.- Véase en *Noticias Caracol*, 25 de septiembre de 2015, en <http://www.noticiascaracol.com/mundo/cidh-pide-venezuela-publicar-sentencia-contra-leopoldo-lopez>

3. En los edificios públicos o en los destinados a algún uso público, a utilidad pública o al ejercicio de un culto; o en edificios u obra de la especie indicada en el artículo 349, o en los monumentos públicos, los cementerios o sus dependencias..”

“Artículo 474. Cuando el hecho previsto en el artículo precedente se hubiere cometido con ocasión de violencias o resistencia a la autoridad, o en reunión de diez o más personas, todos los que hayan concurrido al delito serán castigados así:

En el caso de la parte primera, con prisión hasta de cuatro meses; y en los casos previsto en el aparte único, con prisión de un mes a dos años, procediéndose siempre de oficio.”

Estos delitos se relacionaron en la sentencia con lo previsto en el artículo 83 del mismo Código que regula la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible, y establece:

“Artículo 83. Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado. En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho.”

El tercero de los delitos atribuidos a Leopoldo López, en este caso como *autor*, es el *delito de instigación pública*, que es uno de los delitos “contra el orden público,” que regula la instigación para delinquir, y está previsto en el artículo 285 del Código penal, así:

“Artículo 285. Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años.”

Y el cuarto de los delitos también atribuido a Leopoldo López, como *autor*, es el de *asociación para delinquir* previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica contra delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo (*Gaceta Oficial* N° 39.912 del 30 de abril de 2012), en los cuales se dispone entre los “delitos contra el orden público,” el siguiente:

“Artículo 37. Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado o penada por el solo hecho de la asociación con prisión de seis a diez años.”

En cuanto a la definición de qué ha de entenderse por “delincuencia organizada,” el artículo 4.9 de la Ley la define la como:

“Artículo 4.9. Delincuencia organizada: la acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley y obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros. Igualmente, se considera delincuencia organizada la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, con la intención de cometer los delitos previstos en esta Ley.”

Ante todos estos delitos, para que se condene a una persona, lo primero que tendría que tener claramente demostrado el juez es que el condenado haya actuado *con dolo*, es decir, que haya “tenido la intención de realizar el hecho” que constituye el delito (art. 61, Código Penal). En el caso, la Juez debió haber probado que Leopoldo López actuó con intención delictiva, es decir, que conminó personalmente a varias personas determinadas para que incendiaran edificios y causaran daños a bienes, y para ello incitó con intención dolosa y se asoció con otros en forma permanente por cierto tiempo mediante algún plan criminal a ser desarrollado por una organización criminal, integrada por sujetos todos resueltos a delinquir, es decir con tal intención dolosa; y además, con la intención de obtener un beneficio para sí.

Nada de eso por supuesto ocurrió ni pudo ser probado por la Juez. Como lo advirtió Jesús Ollarves, esa supuesta “intención de cometer los delitos” atribuidos a Leopoldo López, para poder condenarlo, tendría que estar probada “sobre la base de verdaderas pruebas y no de simples indicios fiscales y menos de conjeturas surgidas a última hora.”³⁰ Y en particular, la Juez debería haber probado que:

“la convocatoria y realización de una marcha constituye asociación para delinquir, y la conjunción de las actividades y voluntades de los seguidores de Leopoldo López corresponden a un plan criminal permanente.”³¹

³⁰ Véase Jesús Ollarves, -La jueza Barreiros está en aprietos,- en *Provea*, 17 de septiembre de 2015, en <http://www.derechos.org.ve/2015/09/17/jesus-ollarves-la-jueza-barreiros-esta-en-aprietos/>. Igualmente, en *ACN Agencia Carabobeña de Noticias*, en <http://agenciacyn.com/opinion/articulo-de-jesus-ollarves-la-jueza-barreiros-esta-en-aprietos/>

³¹ *Idem*.

VII

Nada de ello, por supuesto, como se dijo, podía ser probado en el juicio, pues Leopoldo López con ocasión de las manifestaciones estudiantiles del 12 de febrero de 2014, ni incendió nada ni causó daño a nada, ni estaba presente cuando algo se incendió o si hizo daño a algo, ni indujo dolosamente a nadie para que fuera a incendiar o dañar bienes, y menos, las instalaciones del Ministerio Público, ni instigó a la desobediencia de las leyes, ni se asoció con nadie en una empresa delictiva, ni por cierto tiempo ni por largo tiempo, para delinquir, o con la intención de cometer delitos, ni formó parte de organización criminal alguna para ejecutar algún plan criminal para incendiar o dañar propiedades.

Al contrario, sin embargo, la Juez de la causa, en su sentencia, después de supuestamente analizar las “pruebas” sobre los hechos ocurridos en fecha 12 de Febrero de 2014, concluyó en que habría “quedado demostrado”:

que un grupo nutrido de manifestantes, [...] acataron el llamado efectuado por el Ciudadano Leopoldo López y otros dirigentes políticos del partido Voluntad Popular, para lo cual el ciudadano Leopoldo López, *expresándose a través de los distintos medios de comunicación* hizo llamados a la calle los cuales produjeron una serie de hechos violentos, desconocimiento de las autoridades legítimas y la desobediencia de las leyes, que desencadenó en el ataque desmedido por un grupo de personas que *actuaron determinados por los discursos del mencionado ciudadano*, contra la sede del Ministerio Público, así como el incendio de siete carros, de los cuales seis eran patrullas pertenecientes al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, de igual forma, atacaron, destruyeron, dañaron la plaza de Parque Carabobo, actos éstos vandálicos ejecutados con objetos contundentes e incendiarios” (pp. 257-258) (Destacados nuestros).

Asimismo, después de analizar las declaraciones de testigos, todos funcionarios públicos, la Juez consideró que habría quedado “acreditado que un grupo de personas se reunieron en las inmediaciones de la sede del Ministerio Público, y *luego del discurso dado por el ciudadano Leopoldo López, una vez retirado del lugar*, procedieron a realizar una serie de actos violentos, ocasionando serios daños a dicha sede, a siete unidades del Cuerpo de Investigaciones Científicas y Criminalísticas, y a la Plaza Parque Carabobo,” considerando que los manifestantes “se encontraban instigando” (pp. 258-259) (Destacados nuestros).

Igualmente, después de analizadas declaraciones de un grupo de testigos, la Juez concluyó sobre la veracidad de los hechos que ocurrieron el 12 de febrero de 2014, que:

“luego de su discurso y *una vez retirado del lugar el ciudadano Leopoldo López*, se presentó una situación irregular en la cual hubo serios daños a la sede del Ministerio Público, a CINCO unidades del cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas, las cuales quedaron sin valor comercial y daños a la Plaza Parque Carabobo,” (p. 261) (Destacados uestros).

VIII

Aparte de las pruebas anteriores, la Juez valoró la declaración de dos expertos que analizaron los discursos de Leopoldo López.

En primer lugar, valoró la declaración del experto Mariano Alfonso Alí, quien analizó el discurso de Leopoldo López formulado en su cuenta twitter@LeopoldoLópez durante tres meses, entre el 1º de enero y el 18 de marzo de 2014, refiriéndose a los “parámetros que un líder debe tomar en cuenta al momento de emitir sus mensajes y transmitir sus discursos,” concluyendo que:

“Leopoldo López utilizó el twitter como un poder fáctico [...] lanzando mensajes en contra del actual gobierno, desconociendo su legitimidad,” expresando “por ejemplo “el que se cansa pierde” el cual fue retwiteado, [...] la salida “sosVenezuela” “el Estado delincuente el cual también fue ampliamente difundido.”

En particular, el experto observó que:

“En cuanto al día 12 de febrero, hubo una descalificación a los representantes de los poderes del Estado, algunos adjetivos relevantes que manifestó: un Estado delincuente, asesino, narcotraficante, entre otros, considerando el experto que esos mensajes tenían un propósito que es llegarle al receptor, construyendo el modelo básico de comunicación que es emisor, medio (por donde se transmite el mensaje), mensaje y el receptor, para construir una idea en torno a una visión de país para que le llegue a sus seguidores que, para ese momento era más de 2 millones 700 mil” (p. 262).

Otras características del discurso de Leopoldo López, que destacó el experto, fue que:

“habla por todos los venezolanos y venezolanas, no solamente habla en primera persona, habla por toda la oposición y habla por todos los demás venezolanos que, no son parte de la oposición [...] afirmando que el país está dividido en dos, y que los venezolanos supuestamente están secuestrados por un Estado

delincuente y por un Presidente que manda sus grupos armados a asesinar venezolanos, y un pequeño grupo, y digo pequeño porque él lo califica como una cúpula que, ha secuestrado los poderes del Estado, tales emisiones de mensajes causa en el ánimo de sus seguidores una conducta agresiva, poniendo en peligro la tranquilidad pública, produciéndose en la edificación grandes y evidentes signos de violencia” (pp. 262-263).

De lo anterior, en todo caso, hay que observar que sobre lo que sí tiene razón el experto en cuya opinión se basó la Juez para dictar su fallo, es su atinada apreciación de que, para la oposición, efectivamente en Venezuela lo que existe es un Estado delincuente, controlado por un pequeño grupo que tiene secuestrado todos los poderes del Estado. Ello nadie lo puede negar, de manera que mal podría ser un delito decir la verdad, la cual además todo el mundo sabe.³²

Pero en segundo lugar, la Juez, en su sentencia, también valoró la declaración de la otra experta ya mencionada, Rosa Amelia Azuaje León,³³ quien también realizó un “estudio de lingüística” del contenido de *cuatro discursos* de Leopoldo López, considerando que “a través de sus discursos envió mensajes descalificativos que desencadenaron las acciones violentas y eminentes daños a la sede Fiscal y cuerpo de investigaciones,” pasando luego la experta a dar consejos y reglas de conducta sobre qué y en qué forma es como un líder político debe expresarse, indicando entre otras cosas que:

“lo correcto en su posición de líder es la de llamar a la calma, la tranquilidad, la paz, y a la utilización de los mecanismos adecuados establecidos en la Ley, para plantear su descontento con el actual gobierno” (p. 263).

La experta en efecto reconoció, según relata la sentencia, que López se dirigió a “un pueblo a quien él conoce muy bien [...] conformado en su mayoría por jóvenes que tienen inquietudes, que se sienten indignados, que tienen legítimas razones para sentirse indignados.” A ese pueblo, según la experta, López se dirigió planteando “topos” de “cambio de sistema, de cambio de gobierno,” comenzando “con una exhortación muy poderosa que es la de expresar que este sistema no sirve.” La experta, sin embargo, a pesar de hacer esas afirmaciones, alegó no ofrecer criterios políticos, sino solo:

“hacer un trabajo descriptivo de lo que el ciudadano Leopoldo López ha hecho y el me dirá si tengo o no tengo razón, porque finalmente fue él quien habló no yo, ese topos de cambio de sistema y cambio de gobierno” (p. 263).

Por supuesto, la defensa de López bien alegó que la experta no tenía razón, pero por supuesto ello no tuvo importancia para la Juez, a pesar de la salvedad hecha por la experta.

En todo caso, esos cambios de sistema, según la experta, en los discursos de Leopoldo López, supuestamente se darían a través de lo que él denominó “la salida,” que la experta consideró como un “programa negativo” que propugnaba “cambiar el actual sistema que hay por otro sistema que sea más democrático [...], donde la justicia sea para todos y no para un grupo.” (p. 263).

Otro de los “topos” que analizó la experta en los discursos políticos de López, fue el haber éste hecho una referencia histórica al nombre de Rómulo Betancourt, lo que por lo visto conduce al absurdo de pensar que en la mente de la experta ello es un delito. La experta, sin embargo, luego de reconocer que era muy difícil encontrar que la figura de Betancourt pudiera tener impacto en “un destinatario joven,” afirmó que en el haber López parangonando dos “momentos históricos de la historia de Venezuela,” el “23 de Enero de 1958 con el 23 de Enero de 2014,” no era un inocente hecho, pues consideró que “no hay discurso inocente y no quiero decir que lo estoy criminalizando, pero todo discurso se construye mediante unos fines determinados y eso es una práctica social.” De manera que después de expresar “que me corrija la defensa si me estoy equivocando,” y aclarar que ella (la experta) no se iba “a meter con la verdad, las verdades son demasiado esquivas para yo tocarlas,” consideró que la referencia a Betancourt había sido para recurrir a su “*auctoritas*” (p. 264).

De allí la experta pasó a analizar otro de los “topos” de los discursos de López, que fue la “distinción muy clara entre pueblo y gobierno” que ella dedujo de los discursos, en el sentido de que “el pueblo es bueno, el gobierno no, el pueblo es humillado, el pueblo está siendo objeto de violaciones a sus derechos

³² Véase, por ejemplo, Carlos Tablante y Marcos Tarre, *Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela* (Prólogo de Baltazar Garzón), La Hoja del Norte, Caracas 2013.

³³ Como se dijo, Rosa Amelia Azuaje León, experta en lingüística, es columnista en el portal web Aporrea.org. Véase en <http://www.aporrea.org/autores/rosa.asuaje/>

humanos en cambio el gobierno no,” agregando incluso la experta una disquisición sobre otro “topo” que fue que “además, el pueblo considera legítimo desconocer a un gobierno ilegítimo;” agregando la experta que:

“si se deslegitima el gobierno y se dice claramente que esto es un gobierno ilegítimo, pues salir a la calle a conquistar la democracia por medios constitucionales, en el día de hoy, constitucionalmente es muy complicado, o sea discursivamente es una tarea titánica” (p. 265).

La Juez, en su sentencia, continuó acotando a la experta considerando que estaba acreditado que Leopoldo López, en una rueda de prensa que dio el 23 de enero de 2014, “intensificó su discurso e inició una campaña pública y agresiva” contra el Presidente de la República Nicolás Maduro y las instituciones del Estado, expresando “que el actual Gobierno tiene vínculos con el narcotráfico,” además “de ser corrupto, opresor, antidemocrático, y que era necesario salir a conquistar la democracia, y que para ello el cambio o la salida solo iba ser posible con el pueblo en la calle” (pp. 265-266). Para ello, la experta consideró que López tenía preparado un discurso, recordando el derrocamiento de Pérez Jiménez, sobre la base de la expresión “Tenemos que salir a conquistar la democracia,” lo que a su juicio significaba que:

“su fin no era otro que sembrar la idea en sus seguidores, que solo la calle podía generar un cambio, invitándolos a ser protagonistas, con el fin de desconocer la legitimidad del Ejecutivo Nacional, así como de las cabezas de los Poderes Públicos, (palabras éstas que recalcó en la entrevista rendida ante el canal de noticias CNN en español, el día 11 de febrero del año 2014) (p. 266).

De todo ello la experta dedujo que la estrategia fijada por Leopoldo López y su “grupo estructurado,” era clara:

“utilizar los medios de comunicación social convencionales y alternativos para darle fuerza a sus discursos de contenido violento, pues su único propósito era desaparecer la tranquilidad pública, al llamar a un grupo de personas en correspondencia con su alocución, para desconocer las autoridades legítimas y las leyes” (p. 266).

La experta luego entró en argumentos jurídicos al analizar el planeamiento de López de que la gente se mantuviera en la calle “hasta tanto el Presidente de la República ‘se fuera,’” considerando la experta que ello “no era posible constitucionalmente,” toda vez que el Presidente había sido electo para el periodo 2014 hasta 2019.

De seguidas, la experta pasó a referirse a otro discurso “de forma violenta” de López, pronunciado el 12 de febrero de 2015, en el cual estableció “como consigna #LaSalida- #LaCalle,” deduciendo de ello la experta que su fin:

“era realizar un cambio total y profundo de quienes conducen el Poder Público Nacional, con el fin que fueran sustituidos de sus cargos,” reforzando “nuevamente su pretensión de desconocer a las autoridades legítimas” (p. 266).

Refirió, además, la experta, que, al llegar López a la sede del Ministerio Público para requerir la libertad de los estudiantes detenidos en el Estado Táchira, al no haber sido atendidos los manifestantes por la Fiscal General:

“gritaban consignas en contra de la institución y de su máxima autoridad; sin mencionar el discurso agresivo, todo ello siempre bajo la mirada de su líder y vocero Leopoldo López, *quien luego decidió retirarse del lugar*” (p. 267) (Destacado nuestro).

IX

La sentencia continuó afirmando, y aquí no se sabe si en la misma se seguía o no parafraseando a la experta, que otros ciudadanos “tomaron una actitud violenta, con ira descontrolada y comenzaron a arremeter contra la sede del Ministerio Público, lanzando directamente a dicho inmueble piedras, objetos contundentes, bombas molotov, causando graves daños en la fachada del edificio” [...], instigando estos otros ciudadanos, así como el resto de los manifestantes, a la desobediencia de las leyes, poniendo en peligro la tranquilidad pública, produciéndose en la edificación grandes y evidentes signos de violencia [...] lanzaron bombas molotov al interior del edificio [...] causando combustión” (p. 267). Igualmente la sentencia detalló las experticias realizadas sobre los textos de todos los grafitis, pintas y anotaciones formulados por los manifestantes contra el gobierno (p. 268), de lo cual dedujo la Juez que no quedaba duda “que las personas que acudieron a la sede de la Fiscalía General de la República eran seguidores del Ciudadano Leopoldo López,” por los “panfletos alusivos al Partido Voluntad Popular, así como mensajes alusivos” a La Salida [...] al exigir la renuncia del Presidente de la República, así como transcripciones de palabras dichas por el Ciudadano Leopoldo López” (p. 268).

De todo lo anterior, la Juez en su sentencia consideró que

“claramente se determina que el ciudadano Leopoldo López, *no utilizó los medios apropiados establecidos en la Constitución*, para que sus demandas fueran atendidas, *sino que utilizó el arte de la palabra*, para hacer creer en sus seguidores que existía una supuesta salida constitucional, cuando no estaban dadas las condiciones que pretendía, como era, la renuncia del Presidente de la República, el referéndum revocatorio que sólo podría estar previsto para el año 2016, su propósito *a pesar de sus llamados a la paz y la tranquilidad*, como líder político era conseguir la salida del actual gobierno a través de los *llamados a la calle, la desobediencia de la ley, y el desconocimiento de los Poderes Públicos del Estados, todos legítimamente constituidos*” (p. 269).

O sea, según la Juez, Leopoldo López no utilizó los medios apropiados para su discurso político, y sin decirle cuáles eran los apropiados, lo condenó en definitiva por un delito de omisión, es decir, por no haber hecho lo que la Juez consideró que era apropiado, pero sin decir qué era. Por ello, la conclusión de la sentencia fue entonces que a pesar de que la Constitución garantiza el derecho a la libre expresión del pensamiento (art. 57) y el derecho a manifestar pacíficamente (art. 68), Leopoldo López, sin embargo, “envió un *mensaje no adecuado a sus seguidores*, quienes en su mayoría eran jóvenes, llamándolos a la calle a una supuesta *salida constitucional y democrática, cuando debió haberlo hecho a través de la vía constitucional, activando estos mecanismos*,” (p. 270). Es decir, de nuevo, la condena fue por no haber actuado en forma “adecuada” según el criterio de la Juez, decidiendo entonces que:

“*quedó acreditado que el ciudadano Leopoldo Eduardo López Mendoza, es responsable penalmente en los delitos de determinador en el delito de incendio, previsto y sancionado en el artículo 343 primer aparte en relación con el artículo 83 ambos del Código Penal; determinador en el delito de daños, previsto y sancionado en los artículos 473, numeral 3 y 474 en relación con el artículo 83 todos del Código Penal; Autor en el delito de instigación pública, previsto y sancionado en el artículo 285, del Código Penal y Asociación para delinquir, previstos y sancionado en el artículo 37 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*” (p. 270) (Destacados en el original).

X

Luego de esta afirmación tajante, expresada como consecuencia de haber “valorado” las pruebas, la Juez pasó a exponer los “fundamentos de hecho y de derecho” de su sentencia (Capítulo IV), analizando las diversas normas del Código Penal en las cuales fundamentó la condena.

Sobre el artículo 285 del Código Penal que se refiere a la *instigación pública a delinquir*, la Juez fue precisa en reconocer que el tipo delictivo implica:

“conllevar a otro a que intencionalmente” haga una cosa; “no es meramente proponer que se cometa, sino promover en cierta forma coactiva a ello, valiéndose de la excitación de las personas o de los instintos de la persona a quien se instiga [...] El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere cansar ese hecho a través de la psiquiatría del otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo” (p. 273).

Es decir, en el caso de Leopoldo López, la Juez para poder condenarlo por este delito instigación pública a delinquir tuvo que haber considerado probado que él dolosamente quería que específicamente los ciudadanos Damián Daniel Martín García, Ángel de Jesús González y Holdack Hernández Christian René, en concreto, incendiaran el edificio del Ministerio Público y causaran daños a bienes públicos ubicados en ese lugar, induciéndolos a ello. Es decir, tenía que haber probado en frase de la propia sentencia, que el supuesto instigador [Leopoldo López] quería el hecho [incendio y daños a bienes públicos], pero lo quería producido por otros [Damián Martín, Ángel González y Holdack Hernández], quería causar ese hecho a través de la psiquiatría de los otros, determinando en estos la resolución de ejecutarlo.

Eso, por supuesto no está probado en forma alguna en el expediente, habiéndose en cambio limitado la Juez a hacer la afirmación genérica falsa y distante del tipo delictivo, de que lo que “quedó demostrado” fue que esos ciudadanos:

“actuando determinados por el ciudadano Leopoldo López, instigaron a la desobediencia de las leyes, con el fin de que se generara violencia y de esta forma crear el caos y perturbar la tranquilidad y la paz de la ciudadanía, como efectivamente sucedió el día 12 de febrero de 2014, ya que ambos imputados se encontraban en el lugar de los hechos, conjuntamente con los demás manifestantes que causaban destrozos” (p. 273)

En esa afirmación no hay referencia alguna a la supuesta inducción por parte de López de específicamente incendiar o dañar determinados bienes por parte de esas determinadas personas; por lo que no es sino una aberración jurídica “deducir” que Leopoldo López “fue *determinador* en el delito de *instigación*

pública” (p. 274), basándose la Juez, para llegar a esa insólita conclusión solo en lo que consideró “discursos de contenido violento” de López, cuyo supuesto “único propósito era desaparecer la tranquilidad pública,” liderando una marcha hacia la Fiscalía “con el fin de entregar un supuesto documento solicitando la liberación de unos estudiantes,” propugnando “un cambio total y profundo de quienes conducen el Poder Público Nacional, con el fin que fueran sustituidos de sus cargos,” lo que a juicio de la Juez, “refuerza nuevamente su pretensión de desconocer a las autoridades legítimas.” También refirió la Juez el hecho de que los manifestantes:

“gritaban consignas en contra de la institución y de su máxima autoridad; sin mencionar el discurso agresivo, todo ello siempre bajo la mirada de su líder y vocero Leopoldo López, quien luego decidió retirarse del lugar” (pp. 274-275).

Recordó la Juez en la sentencia, además, que efectivamente los “hechos violentos” comenzaron a ocurrir luego de la retirada de López del lugar de los mismos, pero sin indicar de acuerdo a su propia definición de la instigación a delinquir, ¿cómo pudo Leopoldo López entonces “conllevar” a los otros condenados “a que intencionalmente” incendiaran o dañaran algo?; es decir, ¿cómo pudo Leopoldo López, “promover en cierta forma coactiva” incendiar o dañar determinados bienes del Ministerio Público?; en fin, cómo fue que Leopoldo López, como instigador pudo haber querido “el hecho, pero queriéndolo producido por otro?;” ¿cómo es que pudo querer “causar ese hecho [incendio y daño] a determinados bienes del Ministerio Público a través de la psiquiatría de otros, determinando en estos la resolución de ejecutarlo”? (p. 273).

XI

Luego pasó la Juez a analizar el *delito de daños* previsto en el artículo 473 del Código Penal, por el cual se condenó a otras personas, indicando que sugiere la destrucción o deterioro de las cosas muebles o inmuebles realizada por los otros condenados, que en el caso concreto ocasionaron “una serie de daños importantes a la sede del Ministerio Público y a la Plaza Parque Carabobo,” afirmando, pura y simple, que los mismos fueron “determinados por el ciudadano Leopoldo López,” (p. 277); pero sin decir cómo, en qué forma, ni cuándo.

Lo mismo ocurre en la sentencia respecto del delito de *incendio*, previsto y sancionado en el artículo 343 del Código Penal, por el cual también se condenó a otras personas, indicando la Juez, que para aplicar la norma se debe tratar “causar un fuego grande para hacer arder aquello que no estaba destinado a ello, causando un peligro público,” (p. 277), afirmando también pura y simple que el mismo fue “determinado por el ciudadano Leopoldo López” (p. 277); pero sin decir cómo, en qué forma, ni cuándo pudo Leopoldo López determinar que fueran esos ciudadanos específicos los que debían cometer esos delitos.

XII

La sentencia también hizo mención al *delito de asociación para delinquir* previsto y sancionado en el artículo 37 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012), indicando que se trata de “un tipo penal autónomo que sanciona la simple asociación” de manera que la norma “castiga la mera intención criminal,” lo que Alberto Arteaga considera con razón como un “disparate” pues ni los pensamientos ni las simples intenciones pueden delinquir.³⁴ La Juez, sin embargo así lo consideró, agregando que la norma persigue “el dolo directo (intención de realizar el tipo objetivo y voluntad de hacerlo),” castigando “sin requerir ni siquiera el comienzo de la ejecución del delito fin, ni por supuesto, un daño al bien jurídico que se pretendía ofender, todo lo que significa *como conspiración* que es, una anticipación notable al límite de la punición que normalmente plantea el comienzo de la ejecución.” (pp. 277-278).

De allí la Juez argumentó que el requisito subjetivo para poder aplicar el tipo delictivo está “constituido por el *objetivo criminal consistente en la finalidad de la comisión de uno o más delitos*,” todo lo cual:

³⁴ Sobre esto, Alberto Arteaga ha considerado que en la sentencia se -comete el exabrupto de asegurar que se trata un delito de peligro que castiga la mera intención criminal. Los pensamientos no delinquen, las simples intenciones no delinquen. Sostener lo contrario, como lo hace la jueza Barreiros en la página 277 del fallo, es un disparate.- Véase en la reseña de Edgar López, -Sentencia contra López amenaza a todos los líderes de oposición,- en El Nacional, Caracas 9 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/Sentencia-Lopez-amenaza-lideres-oposicion_0_716328542.html#. VhhBGIUCRAU.twitter

“exige un dolo *ab initio*, por cuanto los agentes deben haberse asociado para delinquir, de forma y modo que no hay delito en los casos en que se constituye una sociedad cualquiera, con un fin lícito, diferente del objetivo concretamente criminal que exige la figura, lo que no hace mudar el carácter de la sociedad, de lícita a ilícita” (p. 278) (Destacados nuestros).

Es decir, de acuerdo con la Juez, este tipo delictivo exige que exista y esté constituida “una empresa criminal,” consumándose el delito que “por el solo hecho de formar parte de la asociación, independientemente de los delitos que ese grupo pudiese llegar a cometer.”

Por ello, para aplicar este delito a Leopoldo López, en el caso decidido, en palabras de la propia Juez, debía haber estado probado en el expediente que él estaba asociado en una “empresa criminal,” que desde el inicio era dolosa pues las personas de la asociación debían haberse asociado para delinquir; asociación que debía haberse “constituido con un objetivo criminal,” es decir, con un objetivo delictivo específico, la cual con sus asociados debía tener una “intención dolosa desde el inicio” que es la de cometer un crimen determinado (p. 278).

Sin embargo nada de eso existía ni por supuesto pudo considerarse como probado en la aberrante sentencia, limitándose la Juez a señalar que en el caso Leopoldo López, el supuestamente había contado “con un grupo estructurado de otros dirigentes políticos, entre ellos, la ciudadana María Corina Machado y Gaby Arellano,” quienes supuestamente “se encontraban al frente del edificio sede del Ministerio Público, al momento en que el ciudadano Leopoldo López, ofreció su discurso y posteriormente se retira” (p. 278).

O sea, de acuerdo con esta supuesta Juez, por el hecho de que otras personas estaban en el mismo lugar donde Leopoldo López dio un discurso, junto con una multitud de manifestantes, ya habría una “asociación para delinquir,” llegando a la bizarra conclusión de involucrar en esa conspiración o asociación para delinquir, de paso, y sin fundamento alguno, a otras dos personas, destacadas dirigentes políticas, como son María Corina Machado y Gaby Arellano, que no eran parte del proceso penal ni estaban siendo juzgadas, y que estaban en frente de la sede del Ministerio Público junto con miles de manifestantes, todos los cuales por lo visto también podrían considerarse parte de la supuesta y falsa “empresa criminal.”

Es decir, ello lo que significa es el descarrío de la Juez, con su sentencia, de tratar de decir que había *tres personas* en la “empresa criminal” que su mente imaginó, que es lo que exige el tipo delictivo del artículo 37 y 4.9 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, para lo cual insensatamente incluyó en la asociación para delinquir a María Corina Machado y Gaby Arellano, así como a la multitud de personas que estaban en la manifestación, todos los cuales supuestamente también formarían parte de la “asociación criminal” por la cual la Juez condenó a López.

Esta aberración jurídica se complementa con la afirmación de la Juez, hecha de la nada, de que supuestamente habría quedado demostrado que Leopoldo López, “forma parte de una asociación delictiva,” simplemente porque supuestamente su fin era “iniciar una campaña pública y agresiva” contra el Presidente de la República y las instituciones del Estado, “haciendo del conocimiento a la audiencia, acompañantes y en general a las personas afines con su discurso, que el actual Gobierno tiene vínculos con el narcotráfico,” señalando además, que el gobierno era “corrupto, opresor, antidemocrático, y que era necesario salir a conquistar la democracia,” lo que solo “iba ser posible con el pueblo en la calle [...] sin tomar en cuenta que su llamado no es el llamado del ciudadano común, sino de una persona que mueve masas” (p. 279).

Y así, sin indicar cómo ni cuándo se habría supuestamente formado o conformado la supuesta empresa o asociación criminal de más de tres personas, incluso con fines de lucro, ni con quienes, ni cuál era el delito que habían acordado intencionalmente y en común cometer, ni cuándo lo iban a cometer, ni en qué forma se evidenciaba la intención dolosa de cometer delito; la Juez terminó su sentencia condenando a todos los acusados, y en particular a Leopoldo López, por supuestamente haber sido *determinador en el delito de incendio*, (4 a 8 años de prisión); *determinador en el delito de daños*, (un mes a dos años de prisión); *autor en el delito de instigación pública*, (3 a 6 años de prisión) y *asociación para delinquir* (6 a 10 años de prisión) “*quedando en definitiva la pena a imponer en trece (13) años, nueve (9) meses, siete (7) días y doce (12) horas de prisión.*”

XIII

Cuando se lee esta sentencia, lo que salta con evidencia es su carácter vicarial respecto del Ministerio Público y del aparato de persecución y represión del Estado Totalitario, procediendo la Juez que la dictó a seguir a ciegas lo que sin duda había sido “ordenado” por los fiscales del Ministerio Público, sin siquiera tomarse la molestia de tratar de argumentar la contradicción en la cual incurrió al aplicar los diversos tipos delictivos para condenar a Leopoldo López, con lo que ella misma describió en la sentencia para que pudieran ser aplicados.

Sobre el delito de instigación pública, la Juez dijo que solo se podía aplicar a quien llevara intencionalmente a otro cometer un determinado delito, que el autor quería que fuera cometido por otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo (p. 273); pero en el expediente nada aparece indicando que Leopoldo López dolosamente quiso que los ciudadanos Damián Daniel Martín García, Ángel de Jesús González y Holdack Hernández Christian René, en concreto, incendiaran algo y dañaran algo, y que los hubiera inducido a ello. Leopoldo López ni siquiera estaba en el lugar de los hechos cuando se produjo un incendio y se dañaron bienes, y posiblemente ni conocía personalmente a quienes los pudieron haber producido, de manera que era imposible que estuviese probado que intencionalmente los determinara, a ellos específicamente, para que incendiaran o dañaran determinados bienes.

Es simplemente imposible, por tanto, que la Juez, irresponsablemente, haya llegado a la convicción de que Leopoldo López haya sido “determinador” de los delitos de daños e incendio supuestamente cometidos por los otros ciudadanos condenados, sin establecer cómo, en qué forma, ni cuándo pudo Leopoldo López determinar que fueran ellos, precisamente esos ciudadanos específicos, los que debían cometer esos delitos específicos.

Igualmente es una aberración inexcusable, generadora de responsabilidad individual de la Juez, que la misma en su sentencia haya condenado a Leopoldo López, nada menos que por el delito de asociación para delinquir previsto y sancionado en una Ley como la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, solamente por haber expresado su opinión política, como líder político de oposición, en contra del gobierno, precisamente a través de discursos ante una multitud de personas. La misma Juez indicó en la sentencia que para aplicar este tipo delictivo, debía probar que López formaba parte de una asociación o empresa criminal, constituida por más de tres personas, con intención dolosa desde su inicio, de cometer un delito específico.

Pero en el expediente nada aparece en tal sentido, por lo que en la sentencia lo único que irresponsablemente indicó la Juez que tuviese relación con alguna “asociación,” fue el hecho de que López, cuando dio su discurso el día 12 de febrero de 2015 frente del edificio sede del Ministerio Público, había contado “con un grupo estructurado de otros dirigentes políticos, entre ellos, la ciudadana María Corina Machado y Gaby Arellano,” y una multitud de personas. Por ello, Jesús Ollarves indicó sobre la sentencia, que con la misma no sólo se abre el “riesgo de ir a la cárcel por expresar públicamente una opinión crítica a las autoridades de los órganos del poder público,” sino que: “En esta oportunidad, un juez se atreve a algo más grave: a sentenciar que cualquier organización política opositora, en sí misma, es una asociación para delinquir. Al señalar, sin prueba alguna, que la ex diputada María Corina Machado y la dirigente de Voluntad Popular Gaby Arellano forman parte de un grupo de delincuencia organizada, los partidos políticos y cualquier expresión de la sociedad civil quedan criminalizados.”³⁵

No hay forma alguna de valorar esta sentencia, que no sea afirmando que se trata de un insulto al derecho y a la inteligencia, y un claro ejemplo de cómo el régimen totalitario desprecia la Ley. Por ello, con razón, José Miguel Vivancos de *Human Rights Watch* expresó que decisiones como esta: “se toman en el Palacio de Gobierno y no en el Poder Judicial. No tengo mayor esperanza en que instancias superiores del Poder Judicial puedan revertir una sentencia que constituye una arbitrariedad, a Leopoldo López se le

³⁵ Agregó Ollarves: -La sentencia no precisa cómo López, Machado y Arellano estaban articulados a efectos de ejecutar actos delictivos ni demuestra el carácter permanente de la organización desde su creación hasta el momento de los hechos punibles, en este caso los actos vandálicos ocurridos durante el desenlace de la marcha opositora del 12 de febrero de 2014.- Véase en la reseña de Edgar López, -Sentencia contra López amenaza a todos los líderes de oposición,- en El Nacional, Caracas 9 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/Sentencia-Lopez-amenaza-lideres-oposicion_0_716328542.html#.VhhBGIUCRAU.twitter

ha condenado sin pruebas. Hemos tenido acceso a su expediente judicial y no existe evidencia alguna que justifique incluso una orden de detención.”³⁶

Por ello, lo único digno de ser leído en esta sentencia es, en realidad, el reconocimiento y la apología que en ella hizo la Juez sobre el bien logrado liderazgo político de Leopoldo López en el país, como líder de oposición, que es en definitiva lo que explica su emisión, como orden que le fue dada a la Juez para tratar de acallarlo. El “delito” por el cual fue condenado López, en definitiva, como resulta evidente del análisis del texto de la sentencia, no fue otro que el “delito de opinión,” lo que implicó que se lo condenó por su discurso, de manera que lo que se persiguió fue el “delito” de haber manifestado públicamente su opinión política, como líder opositor exitoso,³⁷ contra el gobierno totalitario que padecemos los venezolanos, y haber denunciado todos los vicios que afectan al régimen, promoviendo la necesidad de que dicho gobierno sea removido del ejercicio del poder.

³⁶ Véase en la reseña -HRW: Los jueces en Venezuela son soldados de la causa chavista,- en El Nacional, Caracas 9 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/HRW-jueces-Venezuela-soldados-chavista_0_716928318.html

³⁷ Por ello, con razón, Alberto Arteaga ha expresado sobre la sentencia, que -López fue condenado solamente por el hecho de ser un líder político de oposición;- y Luis Ollarves ha indicado que la sentencia crea -una interpretación muy *amplia e ilegítima sobre la naturaleza del mensaje de los dirigentes políticos contra el gobierno,- teniendo entonces -por objeto criminalizar e intimidar a la disidencia y viola la libertad de expresión.-* Véase la reseña de Edgar López, -Sentencia contra López amenaza a todos los líderes de oposición,- en El Nacional, Caracas 9 de octubre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/Sentencia-Lopez-amenaza-lideres-oposicion_0_716328542.html#.VhhBGIUCRAU.twitter

52. UN NUEVO GOLPE A LA DEMOCRACIA: LA CONFISCACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DECRETADA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 143-144, julio-dic. 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 460-467

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo interviniendo inconstitucionalmente la autonomía política de los partidos políticos.*

Abstract: *Partidos políticos. Autonomía*

Palabras Clave: *This Paper comments the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal decision, limiting the political autonomy of political parties against the Constitution.*

Key words: *Political parties. Autonomy*

I

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1023 de 30 de julio de 2015,¹ ha dado un nuevo golpe a la democracia en Venezuela, poniendo fin a la actuación libre de los partidos políticos como mecanismos institucionales de asociación política e instrumentos para la libre participación de los ciudadanos en la vida política del país; confiscado el derecho de los partidos a ser conducidos por sus autoridades electas.

Los partidos políticos, en efecto, son esencialmente organizaciones de creación libre en el marco del pluralismo político, destinadas a asegurar mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, la participación política de los ciudadanos en el proceso político y en particular, en los procesos electorales tendientes a conformar las instituciones representativas del Estado. En cumplimiento de dichos fines, en general, contribuyen a la conducción de la política nacional y a la formación y orientación de la voluntad política de sus afiliados y de los ciudadanos en general, mediante la formulación de programas, la presentación y apoyo de candidatos en las correspondientes elecciones, y la realización de actividades de proselitismo y orientación política.²

En Venezuela, su existencia deriva constitucionalmente, por una parte, del derecho constitucional de “toda persona” de “asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley,” estando obligado el Estado, específicamente, “a facilitar el ejercicio de este derecho” tal como lo dispone el artículo 52 de la Constitución; y por la otra, del derecho que todos los ciudadanos tienen “de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección,” tal como lo garantiza el artículo 67 de la Constitución.

De acuerdo con la Constitución, y esta es la única previsión expresa en la materia del funcionamiento de los partidos, “sus organismos de dirección y sus candidatos a cargos de elección popular serán seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes,” elecciones internas que, además, conforme al artículo 293.6 constitucional, le corresponde organizar al Consejo Nacional Electoral. Este cuerpo, además, conforme al artículo 193.8, tiene competencia para “organizar la inscripción y registro” de los partidos políticos “y velar porque cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/180187-1023-30715-2015-15-0860.HTML>

² Véase sobre el régimen de los partidos políticos en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías, “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela”, en Daniel Zovatto (Coordinador), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp. 893-937; -Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano- en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46.

Constitución y en la ley,” con la potestad de decidir “sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.”

Estas son competencias de rango constitucional que solo el Consejo Nacional Electoral, como órgano del Poder Electoral, tiene y puede ejercer, en particular, en lo que se refiere a los conflictos que puedan surgir en cuanto a la “determinación de las autoridades legítimas” de los partidos políticos. El Tribunal Supremo de Justicia también está sujeto a la Constitución, y no puede ejercer dicha competencia,³ y si acaso pudiera llegar a conocer de esa materia ello sería exclusivamente a través de la Sala Electoral, al ejercer su competencia contencioso electoral de control de constitucionalidad y legalidad de las decisiones que pudiera adoptar el Consejo Nacional Electoral. La Sala Constitucional, en ningún caso tiene competencia para decidir en esa materia.

II

Sin embargo, sin competencia alguna para ello, y además, violando el derecho a la defensa que de acuerdo con la Constitución es “inviolable” en todo estado y grado de todas las actuaciones judiciales y administrativas (art. 49), la Sala Constitucional, sin audiencia dada a la directiva del partido Copei Partido Popular, la ha removido de sus cargos, y ha nombrado unas nuevas autoridades del Partido, confiscando el derecho ciudadano a la participación política, y el derecho de los partidos a dirigirse por las autoridades electas en los procesos organizados por el Consejo Nacional Electoral.

Eso es lo que ha hecho la Sala Constitucional al decidir de un plumazo, exactamente como lo pidieron los accionantes

1. Suspender en el ejercicio de sus cargos a los miembros de la Mesa Directiva Nacional, y, por tanto, la Dirección Política Nacional del partido Copei Partido Popular.

2. Designar una Junta *ad hoc*, integrada por un conjunto de ciudadanos que fueron precisamente los que intentaron la acción de amparo que motivó la sentencia, y que no han sido electos mediante métodos democráticos por la militancia de dicho partido. Dicha Junta *ad hoc*, la designó la Sala Constitucional, provisionalmente “hasta tanto se resuelva el fondo de la presente causa,” disponiendo la Sala que sus integrantes deben “ejercer las funciones y cumplir con las disposiciones previstas en los Estatutos de la mencionada organización política, y en tal sentido, formarán parte de la Dirección Nacional, la Mesa Directiva Nacional y la Junta Ejecutiva Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y siguientes del referido Estatuto.”

O sea, la Sala Constitucional, en contra de la Constitución y de los Estatutos del partido, eligió a sus autoridades y les confirió el ejercicio de todas las competencias estatutarias que tienen las mismas, excepto las de disposición de los bienes del partido, restringiendo sus funciones en esta materia a ejecutar “actos de simple administración y mantenimiento de las instalaciones.”

3. Ordenar realizar una “consulta estatutaria a las Direcciones Políticas Estadales de “COPEI PARTIDO POPULAR” sobre las postulaciones en los comicios parlamentarios del presente año, con carácter de urgencia, de acuerdo al lapso preclusivo del cronograma realizado por el Consejo Nacional Electoral.”

4. Ordenar al Consejo Nacional Electoral “abstenerse de aceptar cualquier postulación que no sean de las acordadas conforme a los procedimientos establecidos por la Mesa Directiva *ad hoc*.”

Finalmente, la Sala Constitucional como supremo controlador de todo lo que ocurre en el país, estimó necesario precisarle al Presidente Nacional y demás miembros de la Dirección Nacional de Copei Partido Popular “que la presente medida cautelar debe ser acatada y ejecutada inmediata e incondicionalmente, so pena de incurrir en desacato, una vez cumplido el procedimiento respectivo de acuerdo al precedente jurisprudencial sentado en las sentencias números 138/2014 y 245/2014,” es decir, bajo amenaza de detención y encarcelamiento, tal como sucedió en esos casos con los Alcaldes cuyos mandatos fueron revocados en 2014.

³ No es la primera vez que la Sala Constitucional interfiere en el funcionamiento de los partidos políticos. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional usurpando, de oficio, funciones del Poder Electoral en materia de control de partidos políticos y de respaldo de candidaturas presidenciales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 132 (octubre-diciembre 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 195-200; y “El juez constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 195-203

III

Para llegar a esta absurda, inconstitucional y abusiva decisión, la Sala Constitucional ni siquiera conoció de alguna acción de amparo buscando reconocer o desconocer autoridades del partido cuya elección hubiese sido cuestionada, sino pura y simplemente inventó que habría una cuestión de protección de derechos e intereses difusos o colectivos del país, por la queja de algunos miembros de unos pocos Estados de un determinado partido de no estar de acuerdo con las decisiones adoptadas por la directiva legítimamente electa del mismo, que buscaban evitar que la misma pudiera conducir el proceso de selección y postulación de candidatos a las elecciones parlamentarias. Ello, por lo visto, para la Sala Constitucional era una cuestión “*de evidente trascendencia nacional*.”

Es decir, que la discrepancia interna entre militantes de un partido político sobre la conducción política del mismo, ahora ya no se resuelve en elecciones internas del partido, sino que es la Sala Constitucional la que se arroga la competencia para decidir cuál es o debe ser la política que debe desarrollar un partido político, que la Sala considera adecuada conforme a su conveniencia como agente del Estado, al punto de llegar a remover la directiva del mismo si le parece que no tiene una línea de conducción ajustada a lo que sus Magistrados piensen.

En este caso de Copei Partido Popular, decidido como una medida cautelar, en efecto, lo que se intentó fue una “amparo constitucional por intereses colectivos y difusos” por un grupo de militantes del partido Copei Partido Popular, en representación de “los derechos e intereses colectivos de los afiliados a Copei Partido Popular en los Estados Anzoátegui, Aragua, Delta Amacuro, Yaracuy, Nueva Esparta, Táchira y Zulia”; “contra las “*vías de hecho* que ejecuta la Dirección Política Nacional de Copei Partido Popular.”

La acción se intentó el día lunes 27 de julio de 2015 y la decisión se adoptó tres días después, el día jueves 30 de julio de 2015, el mismo día cuando se designó el magistrado Ponente, lo que evidentemente sugiere que para ese momento ya la Ponencia de la sentencia estaba preparada.

Los accionantes, todos, fueron electos como miembros de los cuerpos directivos del partido, unos de las Mesas directivas de unos Estados, y otros, en la Dirección Política Nacional del partido Copei Partido Popular, en representación de dichos Estados de la República; en un todo, en un proceso electoral realizado bajo el cumplimiento de la decisión de la Sala Electoral contenida en la sentencia N° 118 del 16 de noviembre de 2011 (caso *Luis Ignacio Planas y otros*), cuya ejecución forzosa se decretó en sentencia N° 37 de 13 de marzo de 2012 (caso *Roberto Enríquez*).” Ante la sustitución de algunos de ellos mediante decisión de la Dirección Política Nacional la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia decretó medidas de amparo cautelar “en favor de los Directivos de los Estados Delta Amacuro, Anzoátegui, Yaracuy y Aragua, ordenando sus incorporaciones provisionales a los cargos para los que fueron electos en Copei Partido Popular”.

Ahora bien, la acción de amparo que originó la medida cautelar comentada, no se intentó contra decisión alguna que hubiera podido violar el derecho de los asociados electos a ejercer los cargos para los cuales fueron designados, sino en sustancia, contra la decisión anunciada el 23 de febrero de 2015 por el Presidente Nacional de Copei Partido Popular, de que el Partido “había decidido suscribir el **Documento de la Transición** (...),” decisión que conforme lo alegaron los accionantes : “fue ejecutada sin convocar a reunión de la DPN y sin consultar a las Directivas de los Estados,” considerando el asunto como “una materia de tanta trascendencia nacional y de eminente orden democrático”. Y, además, contra la actitud de la Dirección Política Nacional de no querer entregar por escrito sus decisiones de reincorporación de los miembros desplazados y reincorporados, “hasta tanto se verifique el proceso de postulación para las elecciones parlamentarias de este año, toda vez que así se aseguran evadir la consulta estatutaria a los Estados en los que las autoridades electas han solicitado que se les permita el ejercicio de sus cargos”.

De allí el resumen del fundamento de la acción que hicieron los accionantes, según lo indica la Sala en su sentencia:

“Que “[l]as actuaciones que se impugnan son las VÍAS DE HECHO que ejecuta la Dirección Política Nacional de COPEI PARTIDO POPULAR en nuestra contra y en contra de los afiliados de los Estados Delta Amacuro, Anzoátegui, Yaracuy, Aragua, Táchira, Zulia y Nueva Esparta, consistentes en llevar a cabo una acción política con fundamento en una línea estratégica inconsulta respecto a las autoridades electas de nuestro Partido, tanto a nivel nacional como regional, desconociendo el derecho a la participación y al ejercicio de la democracia interna, evadiendo las consultas candidaturales en el inminente proceso electoral de este año, y desconociendo decisiones judiciales que han protegido a las autoridades electas de distintos Estados del país”.

Esas conductas fueron calificadas como “*las vías de hecho que sistemáticamente ha venido ejecutando la Dirección Política Nacional de COPEI PARTIDO POPULAR*” las cuales supuestamente “transgreden Leyes Nacionales como la Ley Orgánica de Procesos Electorales y la Ley de Partidos Políticos. Igualmente, contrarían los Estatutos e dicha Organización Política” pero sin indicar norma específica alguna; pero agregando simplemente que:

“tanto la Mesa Directiva Nacional como la Dirección Política Nacional (DPN) de COPEI PARTIDO POPULAR se han dado a la tarea de vulnerar la voluntad de los afiliados de nuestra organización, *estableciendo criterios por encima de éstos, de las bases y de las diferentes estructuras del Partido*. Así, el empeño de la DPN en llevar adelante una *acción política inconsulta* y desconocer a las autoridades electas de los Estados y fijar candidatos y candidatas sin que las Direcciones Estadales sean consultadas previamente, acarrea toda una suerte de violaciones constitucionales, específicamente, de las normas aquí transcritas, o que se traduce en un ejercicio abusivo, antidemocrático y desleal de las atribuciones que les son conferidas a los Miembros que integran esas instancias partidistas. Puede decirse que es público y notorio que el ciudadano Roberto Enríquez, Presidente Nacional de COPEI PARTIDO POPULAR, *ha colocado sus intereses personales por encima de los del Partido, comprometiendo a nuestra organización en eventos y determinaciones políticas no debatidas por nosotros y asignando candidaturas inconsultas con una mayoría precaria de la DPN, desmejorando y coartando toda posibilidad de participación de los cuadros políticos del COPEI en el país, por lo que consideramos que dicho comportamiento encuadra en las sanciones emanadas de los estatutos del Partido, en su artículo 77, literal ‘a’* (Actuaciones contrarias a las obligaciones establecidas en los presentes estatutos, de los reglamentos, órdenes, directivas y líneas políticas y de acción fijadas por los organismos competentes), no existiendo actualmente instancia partidista con la idoneidad suficiente para enjuiciar y hacer cesar estas deleznable acciones”.

De todo lo anterior, concluyeron los accionantes que “todas las violaciones constitucionales anteriormente reseñadas, permiten advertir la existencia de una lesión a una serie de derechos de significativo carácter constitucional, además *de evidente trascendencia nacional*, pues, en particular, refieren a derechos políticos reconocidos en los artículos 62, 63 y 67 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y a la materia electoral, que es de eminente orden público,” para cuyo goce efectivo consideraron que era:

“menester que la garantía de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 constitucional se materialice en este caso concreto, procediendo este Alto Tribunal a declarar con lugar el presente recurso de amparo, ordenando, consiguientemente, el cese inmediato de las vías de hecho que aquí hemos identificado, y que son ejecutadas por la Mesa Directiva y la Dirección Política Nacional de COPEI PARTIDO POPULAR”.

Las denuncias formuladas por los accionantes, en definitiva, se refirieron a lo que denominaron:

“vías de hecho que se identifican y denuncian en el presente recurso, tienen como único fin burlar la autoridad de los afiliados y las autoridades electas de los Estados de cara a la selección e inscripción de candidatos en las elecciones del próximo 6 de diciembre, postulaciones que quieren materializar las primeras en lesión abierta y flagrante de derechos y principios democráticos de índole constitucional que ostentan los segundos.

IV

Para resolver sobre su propia competencia, basada en la previsión legal que le atribuye la de conocer de las “*las demandas y pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos y colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional*”, la Sala se limitó a afirmar que la acción interpuesta estaba dirigida a

“*salvaguardar el derecho de participación en la elección de representantes y de asociación con fines políticos mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección*” que involucran el ejercicio y tutela de derechos políticos, “*respecto a los efectos que se reflejan de la vigencia de alguna actuación con miras a postular candidatos realizado por la DPN [Dirección Política Nacional] del partido COPEI PARTIDO POPULAR*”, en protección del derecho constitucional a la participación política, regulado en los artículos 62, 67 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Y sin mayor razonamiento, solo con lo narrado por los accionantes, afirmó que “se desprende un conjunto de elementos que permiten advertir la existencia de una potencial lesión a una serie de derechos de significativo carácter constitucional, además *de evidente trascendencia nacional* [...], razón por la cual, esta Sala declaró que existían “elementos suficientes para declarar *de oficio* la urgencia de la presente solicitud de amparo,” y para el otorgamiento de las antes mencionadas medidas cautelares en los mismos

términos exactos a como se solicitaron, nombrando a los propios accionantes como los nuevos miembros de la “Mesa Directiva Nacional, y por tanto, a la Dirección Política Nacional de “Copei Partido Popular;” y todo ello, no porque la directiva suspendida hubiera sido electa en violación de la Ley, en cuyo caso podría haberse hablado de que habría una cuestión constitucional vulnerada, sino porque simplemente los accionantes, como militantes del propio partido, no estaban de acuerdo con la conducción política del Partido que realizaba dicha directiva nacional.

Con esta sentencia, en definitiva, la Sala Constitucional trastocó el régimen de los partidos políticos, y considerándolos –aun cuando sin decirlo– como simples apéndices del Estado, se arrogó el poder de juzgar sobre la forma de conducción de los mismos, sobre las políticas conducidas por la directiva de los partidos, de manera que los militantes de los mismos, antes que buscar las soluciones por las vías estatutarias, ahora pueden acudir ante la Sala Constitucional, para que esta resuelva conforme le interese al Estado y no a la militancia misma del partido en cuestión.

En fin, del texto de la sentencia, lo que se aprecia es que es una decisión que en realidad no ha sido dictada por un “órgano judicial” imparcial, sino más bien por un operador político del Estado, con el objeto de impedir que los partidos políticos, a través de sus directivas electas legítimamente, puedan decidir la política que mejor juzguen que interesa al partido en cuestión, como es por ejemplo, la firma de alguna declaración política (por ejemplo la llamada “Declaración sobre la transición”), e impedir, además igualmente que los partidos puedan postular libremente sus candidatos para las elecciones parlamentarias, cuando en definitiva puedan representar alguna posición de oposición al gobierno.

Con ello, como dijimos, se ha lesionado el derecho constitucional de asociación, y se ha confiscado el derecho a la participación política a través de partidos políticos que puedan actuar libremente, como partidos de oposición. Con esta decisión, esos partidos comienzan a estar proscritos, pues no interesan al Estado, escudándose el mismo para lograrlo, en una supuesta decisión de carácter “judicial”, pero que en definitiva no es otra que eliminar cualquier manifestación de oposición al gobierno.

Con esta decisión, la Sala Constitucional le ha dado otro golpe a la democracia, en este caso, al derecho político a asociarse en partidos políticos, y al derecho a que los mismos se conduzcan por sus autoridades electas,⁴ lo que se suma a los golpes ya dados anteriormente por la propia Sala Constitucional en otras sentencias contra la misma democracia,⁵ en su afán de afianzar al Estado Totalitario en desprecio total a la Constitución a la Ley,⁶ como han sido los dados contra los derechos de los ciudadanos a ser gobernados por representantes electos;⁷ a ser elegidos para cargos de representación popular, y a no ser inhabilitados

⁴ Por ello, hay que saludar la respuesta dada a la sentencia por las autoridades regionales del partido Copei, en Consejo Federal, según reseña de prensa del día 31 de agosto de 2015, que –acudieron a la sede nacional de la tolda socialcristiana para asumir la conducción del partido,– haciendo referencia a un –documento que refleja los acuerdos de la máxima autoridad estatutaria– que son los siguientes: –Solicitar al Tribunal Supremo de Justicia darle carácter de urgencia a este caso para que se concluya esta causa, y se respeten nuestros derechos políticos. / Desconocer a la junta ad hoc, y declaramos espuria cualquier actuación que la misma haga. / Declaramos que la junta ad hoc designada por el Tribunal Supremo de Justicia NO REPRESENTA A COPEI. / Ordenamos a la junta ad hoc abstenerse de declarar y actuar en representación política de nuestro partido Copei y sus regiones. / Declaramos que solo reconocemos como autoridades de Copei a la Junta Directiva y Dirección Política Nacional electa el mes de junio del año 2012. / Ordenamos a los militantes y compañeros de todos los estados incorporarse a la respectiva Mesa de la Unidad Democrática para garantizar el triunfo de la Unidad.– Finalmente, indica la nota de prensa que –el presidente del consejo federal copeyano, Rogelio Boscán, denunció que la junta provisional ha –violentado todos nuestros derechos y ha desacatado el mandato recibido por el Tribunal Supremo de Justicia de hacer las consultas para las candidaturas parlamentarias –con el carácter de urgencia, de acuerdo al lapso del cronograma realizado por el Consejo Nacional Electoral.– Véase –Restituyen autoridades electas de Copei,– en *La Patilla.com*, 31 de agosto de 2015, en <http://www.lapatilla.com/site/2015/08/31/restituyen-autoridades-electas-de-copei/>

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Segunda edición (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Caracas 2015.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, –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

políticamente sino por sentencia judicial;⁸ a que los mandatos de los representantes electos solo puedan ser revocados por votación popular;⁹ a manifestar pacíficamente por razones políticas; y a la neutralidad política de la Fuerza Armada.¹⁰

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; y -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 Asdrúbal Aguiar (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 133-148.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como -inejecutable-), en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012*, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La revocación del mandato popular de una diputada a la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de oficio, sin juicio ni proceso alguno (El caso de la Diputada María Corina Machado),- en *Revista de Derecho Público*, N° 137 (Primer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 165-189; y -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. 176-213.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Un atentado contra la democracia: el secuestro del derecho político a manifestar mediante una ilegítima -reforma- legal efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo,- en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 157-169.

53. LAS UNIVERSIDADES NACIONALES EN EL CADALSO Y LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN MANOS DEL VERDUGO JUDICIAL

A propósito de la obligación impuesta por la Sala Constitucional a las Universidades Nacionales de violar la Ley de Universidades y abdicar a la autonomía universitaria garantizada en la Constitución.

Revista de Derecho Público, N° 143-144, julio-dic. 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 468-477

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo interviniendo inconstitucionalmente la autonomía universitaria, obligando a las Universidades a violar la Ley de Universidades.*

Abstract: *Universidades Nacionales. Autonomía.*

Palabras Clave: *This Paper comments the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal decision, limiting the autonomy of National Universities, against the Constitution, imposing them to violate the Universities Law.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 831 de 7 de julio de 2015,¹ dictada en un proceso de protección de intereses difusos o colectivos, decretó una medida cautelar, como lo dice el texto que la sentencia mandó a insertar en la *Gaceta Judicial*, ordenando

“a la Universidad Central de Venezuela y a todas las universidades nacionales, cumplir con los lineamientos emitidos por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), mediante la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), en desarrollo de las políticas del Estado, en apoyo al Proceso Nacional de Ingreso a través del Sistema Nacional de Ingreso, en las diferentes fases que lo comprenden, asignando las plazas que otorgan esas casas de estudios, e incluyendo efectivamente a las y los estudiantes regulares, bachilleres y técnicos medios a la educación universitaria, haciendo especial énfasis en la igualdad de condiciones y equiparación de oportunidades sin discriminaciones sociales, religiosas, étnicas o físicas, atendiendo las resoluciones y recomendaciones tomadas por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), y otorgando los cupos para el ingreso de nuevos estudiantes, tal como lo ha establecido la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), aun y cuando se hayan aplicado pruebas internas.”

Para adoptar una orden judicial de esta naturaleza, hasta un lego pensaría que el Tribunal Supremo al menos debió haber analizado la Constitución, la Ley Orgánica de Educación y la Ley de Universidades, para poder llegar a esta conclusión de ordenarle a las autoridades universitarias de las Universidades autónomas, “cumplir con los lineamientos” fijados por una dependencia del Ministerio de Educación (la Oficina de Planificación del Sector Universitario), y proceder a otorgar “los cupos para el ingreso de nuevos estudiantes, tal como lo ha establecido la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), aun y cuando se hayan aplicado pruebas internas.”

Sin embargo, no solo los legos sino los abogados, si se leen la sentencia, pueden constatar con asombro que esta orden se dictó por el Juez constitucional, no sólo sin haber estudiado el derecho aplicable sino sin siquiera haber al menos citado alguna norma de dichos instrumentos legales. Así resuelve ahora en el Tribunal Supremo y dicta sentencia sin argumentación ni argumentos jurídicos y sin siquiera analizar ni mencionar las normas del ordenamiento jurídico, adoleciendo la sentencia de fundamentación jurídica.

¹ Véase Caso *Eirimar del Valle Malavé Rangel vs. autoridades de la Universidad Central de Venezuela y otras Universidades nacionales*, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179242-831-7715-2015-15-0572.HTML>

I. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS INTENTOS FORMALES, ALGUNOS FALLIDOS, POR RESTRINGIRLA

En efecto, la primera norma de la cual debió tomar conocimiento la sala Constitucional para decidir la medida cautelar mencionada debió haber sido el artículo 109 de la Constitución de 1999, la cual como quizás ninguna constitución en el mundo lo hace, consagra el principio de la autonomía universitaria, estableciendo lo siguiente:

Artículo 109. El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley.

Se trata, por tanto, de una garantía constitucional mediante la cual, se asegura a las Universidades Autónomas, además de su autogobierno, el derecho de auto-normarse, es decir, conforme a su autonomía normativa, dictar sus propias normas de gobierno y de funcionamiento, en particular las destinadas a planificar, organizar, elaborar y actualizar sus programas de investigación, docencia y extensión.

Conforme a esta potestad de rango constitucional, por tanto, desde siempre y como parte de su autonomía normativa en materia de docencia, las Universidades Nacionales han establecido sus propios principios, sistemas y métodos de selección académica con el objeto de asegurar la inscripción en las diversas carreras universitarias, conforme a la capacidad de las mismas, de los estudiantes egresados de la Educación secundaria, y apuntando siempre a lograr los mejores niveles de excelencia.

En paralelo al desarrollo y consolidación del gobierno autoritario desde 2000, el mismo ha venido progresivamente minando la autonomía universitaria, afectándola en muchas formas, en particular en el proceso mismo de elección de sus propias autoridades, llegando incluso a ser una de las propuestas de la reforma constitucional presentada a la Asamblea Nacional por el Presidente Hugo Chávez en 2007.

En el proyecto inicialmente elaborado por la Comisión Presidencial designada por el Presidente, sobre el tema de la autonomía universitaria se propuso incorporar al artículo 109 de la Constitución de 1999, diversas previsiones con los siguientes objetivos:

Primero, sujetar la autonomía universitaria a la planificación nacional, indicándose que la búsqueda del conocimiento mediante la autonomía universitaria prevista en la Constitución, debía hacerse para beneficio de la Nación, pero sujeta a la planificación nacional, proponiéndose agregar a la norma que el objetivo era privilegiar “la satisfacción de las necesidades de ésta en tales áreas, y en *coordinación con los planes de desarrollo nacional* sobre dichas materias y los requerimientos de profesionales y personal calificado de la República”.

Segundo, encasillar el privilegio del autogobierno universitario, mediante la propuesta de agregar a la norma que garantiza que las Universidades se darán sus normas de gobierno, la expresión que ello debe ser “de acuerdo con los principios de la democracia participativa y protagónica”. Se propuso, además, agregar al artículo los siguientes principios para las elecciones universitarias que la ley debía garantizar: la igualdad entre el voto de los estudiantes y el de los profesores para elegir las autoridades universitarias; el derecho al sufragio a todos los docentes por concurso de oposición; y que las elecciones de rector, vicerrectores, secretario, decanos y directores de escuelas de las universidades se decidan por mayoría absoluta de los universitarios que concurran a votar”.

Tercero, limitar el principio de la inviolabilidad del recinto universitario, al disponerse que ello debía ser “con las excepciones que establezca la Ley”, quedando la inviolabilidad a la merced del legislador, que fue lo que la Constitución de 1999 quiso evitar.

Con base en estas ideas el Presidente presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de reforma constitucional, el cual fue sancionado por esta en noviembre de 2007, que buscaba reformar el artículo 109 de la Constitución con el objeto de limitar seriamente la autonomía universitaria, mediante los siguientes agregados:

En primer lugar, se incorporó una disposición según la cual “se reconoce a los trabajadores y trabajadoras de las universidades como integrantes con plenos derechos de la comunidad universitaria, una vez cumplidos los requisitos de ingreso, permanencia y otros que pauté la ley”.

En segundo lugar, en cuanto al derecho de las universidades autónomas de darse “sus normas de gobierno,” ese privilegio del autogobierno universitario se encasilló al agregarse a la norma que garantiza que las Universidades se darán sus normas de gobierno, la expresión que ello debe ser “*de acuerdo con los principios de la democracia participativa y protagónica*”.

En tercer lugar, se agregaron a la norma del artículo 109, cambios radicales relativos al sistema de autogobierno universitario y de elección de sus autoridades, al disponerse que la ley, primero, debía garantizar “el voto paritario de los y las estudiantes, los profesores y las profesoras, trabajadores y trabajadoras para elegir las autoridades universitarias”, con lo que la comunidad dejaba de ser solamente académica; segundo, que debía consagrar “el derecho al sufragio a todos los y las docentes que hayan ingresado por concurso de oposición, desde la categoría de instructor o instructora hasta titular”; y tercero, que debía establecer “las normas para que las elecciones universitarias se decidan en una sola vuelta”, es decir, eliminando toda posibilidad de conformaciones de autoridades con base en mayorías absolutas.

La reforma constitucional propuesta, como es sabido, fue rechazada por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007, lo que en este campo tampoco fue para que el régimen comenzase a implementar las rechazadas reformas mediante leyes, decisiones y sentencias que por ejemplo, afectaron el régimen de autogobierno universitario en cuanto al sistema de elección de las autoridades universitarias.² Ello se implementó, en efecto, en la Ley Orgánica de Educación de 2009, en la cual, al regularse en el artículo 34 el “principio de autonomía” universitaria, se dispuso que la misma se debía ejercer, entre otras mediante las siguientes funciones:

“3. Elegir y nombrar sus autoridades con base en la democracia participativa, protagónica y de mandato revocable, para el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de los derechos políticos de los y las integrantes de la comunidad universitaria, profesores y profesoras, estudiantes, personal administrativo, personal obrero y, los egresados y las egresadas de acuerdo al Reglamento. Se elegirá un consejo contralor conformado por los y las integrantes de la comunidad universitaria.”

II. EL RÉGIMEN DE SELECCIÓN DE ALUMNOS EN LAS UNIVERSIDADES NACIONALES Y SU VIOLACIÓN POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

La Ley Orgánica de Educación, sin embargo, en cuanto al régimen de la educación universitaria en su artículo 35.2 nada reguló directamente, salvo remitir a lo que se establece en las leyes especiales, en particular respecto de lo relativo al: “ingreso de estudiantes al sistema mediante un régimen que garantice la equidad en el ingreso, la permanencia y su prosecución a lo largo de los cursos académicos.”

Y a tal efecto, la Ley de Universidades de 1970 atribuye a los Consejos Universitarios establecer el régimen de selección de los alumnos, mediante la atribución de “Fijar el número de alumnos para el primer año y determinar los procedimientos de selección de aspirantes,” (art. 26.9), pudiendo el Consejo Nacional de Universidades establecer pautas o “recomendar los correspondientes procedimientos de selección de aspirantes” (art. 20.6).

Este es el marco constitucional y legal para el régimen de selección de alumnos en las Universidades nacionales, de manera que conforme al mismo, en mayo de 2008, el Consejo Nacional de Universidades en el cual participan todas las Universidades nacionales, aprobó las pautas para el ingreso de los bachilleres en las Universidades nacionales, estableciendo que un 30% de los cupos en las mismas los fijaría la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), quedando el 70 % restante para ser asignados por las propias universidades mediante los mecanismos internos de admisión de cada una de ellas.

² Véase por ejemplo las sentencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 104 (Universidad Central de Venezuela) de 10 de agosto de 2011 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/agosto/104-10811-2011-2011-000033.HTML>; N° 134 (Universidad del Zulia) de 21 de noviembre de 2011, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/noviembre/134-241111-2011-2011-000022.HTML>; y N° 138 (universidad Nacional Abierta), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/noviembre/138-241111-2011-2010-000004.HTML>

Sin embargo, en *Gaceta Oficial* N° 40.660 de 14 de mayo de 2015, se publicaron por el Ministerio de Educación unas “Normas sobre Perfeccionamiento del Sistema de Ingreso a la Educación Universitaria”³ conforme a las cuales la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), que es una dependencia administrativa del Ministerio de Educación Universitaria, adoptó la decisión de asignar cupos directamente en las Universidades nacionales muy por encima del 30 % acordado por recomendación del Consejo Nacional de Universidades, para lo cual, por supuesto, no tiene competencia alguna pues ello equivale sustituirse en el propio Consejo Nacional de Universidades, y además, en los Consejos Universitarios de las Universidades autónomas.

Por supuesto, frente a semejante arbitrariedad y usurpación de competencias, en violación de la propia Constitución, como era de esperarse, todas las autoridades de las Universidades nacionales se pronunciaron formal y públicamente en contra de la medida, no sólo en forma individual, sino incluso a través de la Asociación Venezolana de Rectores Universitarios⁴ anunciando incluso algunas autoridades universitarias la impugnación en vía judicial de la inconstitucional e ilegal medida administrativa.⁵

III. LA TRANSFORMACIÓN, DE OFICIO, DE LA ACCIÓN INTENTADA POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA PODER CONOCER DE UNA ACCIÓN PARA LO CUAL CARECÍA DE COMPETENCIA

Pero antes de que las autoridades universitarias pudieran discutir y obtener justicia ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa contra la inconstitucional e ilegal decisión administrativa de la Oficina de Planificación del Sector Universitario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de 7 de julio de 2015,⁶ procedió a admitir una solicitud de amparo constitucional, que la Sala misma convirtió en una acción de protección de intereses colectivos o difusos, presentada el 22 de mayo de 2015 por una menor de edad (Eirimar del Valle Malavé Rangel), representada por su señora madre, sin asistencia de abogado, con el único propósito de asegurar la ejecución, de antemano, de la arbitraria decisión gubernamental, y proceder a criminalizar cualquier cuestionamiento o incumplimiento de la misma; y lo más curioso del proceder, fue que lo hizo mediante una sentencia dictando una medida cautelar, en la cual ni siquiera una sola vez se citó o se hizo referencia ni al artículo 109 de la Constitución, ni al artículo 35.2 de la ley Orgánica de Educación, ni a los artículos 20.6 y 26.9 de la ley de Universidades.

O sea, se demolió inmisericordemente la autonomía universitaria; ignorándose olímpicamente el ordenamiento constitucional y legal que la regula; y ello se hizo mediante la criminalización de antemano de cualquier acción que pudieran adoptar las autoridades universitarias en ejercicio de sus propias competencias constitucionales y legales.

En efecto, la joven recurrente “actuando en nombre propio, y en el de la población estudiantil venezolana egresada o por egresar del nivel de educación media,” interpuso una acción de amparo constitucional para “la defensa de intereses colectivos y difusos de la población estudiantil venezolana” contra de “las autoridades de la Universidad Central de Venezuela y del resto de las Universidades Autónomas” que según la recurrente habían “manifestado pública y notoriamente que pretenden contrariar los resultados del sistema establecido por la Oficina de Planificación del Sector Universitario,” obstaculizando “el acceso a la Educación Universitaria” y desconociendo las Normas sobre el Perfeccionamiento del Sistema de Ingreso a la Educación Universitaria,” todo lo cual a juicio de la recurrente constituía una “amenaza de violación tanto por acción como por omisión” del “derecho de educación así como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad” garantizados en los artículos 20, 102 y 103 de la Constitución.

³ Véase -OPSU tomó 100 % de los cupos de ingreso a la USB y 71 % de la UCV Por resolución aprobada por la mayoría de sus miembros, en una sesión realizada el 6 de marzo de 2008, el CNU eliminó las pruebas internas de admisión en las universidades del país mayo 21, 2015- en: <http://notihoy.com/opsu-tomo-100-de-los-cupos-de-ingreso-a-la-usb-y-71-de-la-ucv/>

⁴ Véase por ejemplo en: <http://notihoy.com/asociacion-venezolana-de-rectores-universitarios-evalua-devolver-lista-de-admitidos-por-la-opsu>; y en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/150522/averu-rechaza-injerencia-del-gobierno-en-asignacion-de-cupos-universit>.

⁵ Véase por ejemplo en: <http://www.lapatilla.com/site/2015/05/27/ucv-empresaria-acciones-legales-por-asignacion-de-cupos/>

⁶ Véase sentencia N° 831 (Caso *Eirimar del Valle Malavé Rangel vs. autoridades de la Universidad Central de Venezuela y otras Universidades nacionales*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179242-831-7715-2015-15-0572.HTML>

La recurrente solicitó en su acción, que se ordenase “al Rector de la Universidad Central de Venezuela, para que girase “las instrucciones necesarias para inscribir a los ciudadanos según los criterios establecidos por la OPSU,” extendiéndose la medida a juicio de la Sala “a las otras Universidades Autónomas.” Solicitó también la recurrente que por vía cautelar se permita el registro de los estudiantes “según el sistema desarrollado por OPSU y que corresponden a esas Universidades Autónomas.”

La Sala Constitucional, para conocer del asunto, ignoró la acción de amparo constitucional que había sido intentada y respecto de la cual no tenía competencia para conocer, pasando de oficio a transformarla, convertirla o “reconducirla en una demanda de protección de derechos e intereses colectivos [de trascendencia nacional], ejercida conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada, conforme al procedimiento establecido en el artículo 146 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” para la cual si tenía competencia expresa de acuerdo al artículo 21.25 de la misma Ley.

IV. LA FIJACIÓN, DE OFICIO, DEL OBJETO DEL PROCESO

La Sala Constitucional, además de transformar la acción intentada para justificar su propia competencia para actuar, pasó de seguidas a definir, también de oficio, el objeto de la pretensión que se había arrogado conocer, consistente en determinar:

“si las universidades autónomas, experimentales e institutos universitarios de educación universitaria pública, están en la obligación de registrar, ingresar e iniciar las actividades lectivas de los ciudadanos y ciudadanas (bachilleres) en las carreras correspondientes según el sistema desarrollado por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), a fin de evitar discriminación alguna, y en resguardo del derecho a la educación, evitando la pérdida del período académico, lo cual constituiría una violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y tutelables mediante una demanda por intereses colectivos.”

Este objeto del proceso, fijado por la Sala, de establecer judicialmente “si las universidades autónomas, experimentales e institutos universitarios de educación universitaria pública, *están en la obligación de registrar, ingresar e iniciar las actividades lectivas de los ciudadanos y ciudadanas (bachilleres) en las carreras correspondientes según el sistema desarrollado por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU),*” por supuesto, lo primero que implica es la obligación de la misma Sala de determinar, conforme a la garantía de la autonomía universitaria que consagra la Constitución y las previsiones legales aplicables, cuales son las competencias tanto de las Universidades e instituciones de educación superior como del Ministerio de Educación en la materia, para poder juzgar, incluso adoptando alguna medida cautelar, si efectivamente existe la obligación antes mencionada de parte de las Universidades de efectuar el registro de alumnos únicamente conforme al sistema adoptado por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU).

A pesar de que la Sala le dedicó en la sentencia casi un tercio de sus páginas a determinar los efectos jurídicos del hecho de que la recurrente no hubiera presentado la demanda asistida de abogado, sin embargo, ni una sola letra de la sentencia la destinó a precisar los fundamentos constitucionales o legales de la referida presunta obligación de las instituciones universitarias que fijó como objeto principal del proceso, lo que era esencial a todos los efectos, incluso para poder ponderar los intereses en juego y poder adoptar alguna medida cautela conforme a las previsiones de los artículos 130 y 163 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

V. LA DECISIÓN CAUTELAR SIN PONDERAR LOS INTERESES EN CONFLICTO, RESOLVIENDO SOBRE LA COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS INVOLUCRADOS SIN BASARSE EN NORMA ALGUNA DEL ORDENAMIENTO

Sin realizar consideración alguna de los fundamentos constitucionales y legales de las competencias administrativas que estaban a la base del objeto del proceso, lo que se constata incluso por el hecho de que ni siquiera se citó el artículo 109 de la Constitución ni artículo alguno de la Ley Orgánica de Educación ni de la Ley de Universidades, la Sala Constitucional pasó a resolver sobre la medida cautelar solicitada, revisando en forma “preliminar y no definitiva” el “hecho público y notorio” derivado de “varios medios de comunicación, prensa escrita y electrónica, también audiovisual, considerado como elemento probatorio,” referidos a las reacciones de las autoridades universitarias ante la decisión de la Oficina de Planificación del Sector Universitario,” y analizando los alegatos de la demandada, concluyó afirmando que “*de la ponderación de los derechos e intereses colectivos* que se señalaron como afectados por la situación de hecho que fundamentó la presente solicitud, que hay elementos que hacen presumir la amenaza de los derechos fundamentales a la educación,” tanto de la recurrente “como del resto de la población estudiantil venezolana egresada o por egresar del nivel de educación media.”

La Sala, en este párrafo hizo una afirmación falsa, pues en realidad para decidir la medida cautelar no hizo “ponderación” alguna de los derechos e intereses colectivos señalados como afectados, que solo podía resultar de confrontar los alegatos de la recurrente sobre amenaza de violación de derechos constitucionales, con la precisión del ámbito de la garantía constitucional de la autonomía universitaria y las competencias legales y reglamentarias, conforme a ella, de los órganos de la Administración y de las instituciones universitarias.

La Sala, al contrario, ignorando el derecho, procedió a aceptar que los estudiantes egresados o por egresar del nivel de educación media:

“pueden ver amenazado su derecho a la educación, en la medida en que las autoridades de la Universidad Central de Venezuela, y de las demás universidades nacionales, puedan incurrir en acciones u omisiones, que le impidan a estos bachilleres realizar el registro, ingreso e inicio de las actividades lectivas en las carreras correspondientes según el sistema desarrollado por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), del Consejo Nacional de Universidades.”

Pero para hacer esta afirmación, la Sala ni siquiera por simple curiosidad se asomó a determinar cuál era la competencia legal de las Universidades para poder adoptar alguna eventual acción u omisión de las comentadas en la prensa, o de la Oficina de Planificación del Sector Universitario para haber adoptado la decisión relativa a cupos universitarios.

Y sin ponderar los intereses alegados en la demanda intentada con los intereses de las Universidades nacionales protegidos en la Constitución y las leyes, y que están esencialmente encargadas en las mismas de asegurar a todos el derecho a la educación universitaria, y por tanto, sin verificar cual podría ser el buen derecho que corresponde a las mismas conforme a la Constitución y a las leyes, la Sala Constitucional, a pesar de que advirtiera que decidía “sin que ello represente un juicio definitivo sobre el caso,” procedió efectivamente a decidir tutelando “cautelamente” la pretensión aducida supuestamente “para evitar la concreción de un daño irreparable al derecho fundamental a la educación,” sin evaluar el mayor daño que podía infligir a la Constitución y al principio de la autonomía universitaria y por ende al derecho a la educación, consideró que lo argumentado por la recurrente y lo que se deducía de las opiniones reflejadas en la prensa:

“constituye una presunción de buen derecho –*fumus boni iuris*– que obra en beneficio de la demandante y de todos los estudiantes egresados o por egresar del nivel de educación media que podrían ser afectados por la posible negativa, a través de acciones u omisiones de las autoridades de la Universidad Central de Venezuela, y demás universidades nacionales, de registrar e ingresar ante las casas de estudios, como parte del posible desconocimiento a los resultados del sistema establecido por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU).”

Pero no contenta con la decisión, la Sala Constitucional, procedió a adelantar opinión sobre las competencias legales de los órganos de la Administración ministerial y de las Universidades, pero sin analizar ni hacer referencia alguna a una sola norma del ordenamiento jurídico, afirmando que

“las pruebas internas que hasta la fecha han venido realizando las universidades autónomas y experimentales, e institutos universitarios de educación universitaria pública, *contradicen el procedimiento* que se aplica en el Sistema Nacional de Ingreso a la Educación Superior, implementado por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), por intermedio de la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), lo cual podría acarrear confusión entre los bachilleres que han solicitado su ingreso a estos centros públicos de educación superior, y, por ende, afectar sus derechos.”

No se percató la Sala Constitucional, o no quiso percatarse que en realidad era todo lo contrario, es decir, que el procedimiento que se aplica en el Sistema Nacional de Ingreso a la Educación Superior, implementado por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), por intermedio de la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), era el que contradecía las pruebas internas que hasta la fecha han venido realizando las universidades autónomas y experimentales, e institutos universitarios de educación universitaria pública conforme a sus competencias legales.

VI. LA USURPACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

La consecuencia de esta arbitraria decisión judicial, fue entonces, que la Sala Constitucional, ignorando lo establecido en el artículo 109 de la Constitución y la misión esencial de las Universidades nacionales de asegurar la educación universitaria de excelencia, pretendió supuestamente “garantizar el derecho a la educación” regulados en los artículos 102 y 103 de la misma Constitución, y proceder “en protección de los derechos y garantías constitucionales de todos los ciudadanos y ciudadanas, así como la situación

fáctica planteada por la demandante, la verosimilitud de las injurias constitucionales invocadas, al igual que los hechos públicos y notorios” de los cuales tuvo conocimiento, a dictar las siguientes medidas cautelares “a fin de evitar perjuicios irreparables de las situaciones jurídicas que se denuncian lesionadas”:

1.- Ordenar a la Universidad Central de Venezuela, y a todas las universidades nacionales, cumplir con los lineamientos emitidos por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), mediante la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), en desarrollo de las políticas del Estado, en apoyo al Proceso Nacional de Ingreso a través del Sistema Nacional de Ingreso, en las diferentes fases que lo comprenden, asignando las plazas que otorgan esas casas de estudios, sin que sus mecanismos de ingreso afecten las asignaciones de cupos por la referida Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), e incluyendo efectivamente a las y los estudiantes regulares, bachilleres y técnicos medios a la educación universitaria, haciendo especial énfasis en la igualdad de condiciones y equiparación de oportunidades sin discriminaciones sociales, religiosas, étnicas o físicas, atendiendo las resoluciones y recomendaciones tomadas por el Consejo Nacional de Universidades (CNU), y otorgando los cupos para el ingreso de nuevos estudiantes, tal como lo ha establecido la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), aun y cuando se hayan aplicado pruebas internas.

2.- Ordenar a la Universidad Central de Venezuela permita a la demandante de autos y a todos los estudiantes a quienes les haya sido asignado un cupo por intermedio del Sistema Nacional de Ingreso para cursar estudios en las diferentes carreras en dicha universidad, el registro y posterior inscripción oportuna de los mismos, de acuerdo a los criterios y lapsos establecidos por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), además de que éstos inicien sus actividades académicas una vez inscritos en el periodo lectivo que les corresponda de acuerdo a la referida asignación por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), sin discriminación ni distinción alguna con los demás estudiantes.

3.- Ordenar a todas las Universidades Nacionales que se encuentren ubicadas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, permitan a todos los estudiantes a quienes les haya sido asignado un cupo por intermedio del Sistema Nacional de Ingreso para cursar estudios en las diferentes carreras en dichas universidades, el registro y posterior inscripción oportuna de los mismos, de acuerdo a los criterios y lapsos establecidos por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), además de que éstos inicien sus actividades académicas una vez inscritos en el periodo lectivo que les corresponda de acuerdo a la referida asignación por la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), sin discriminación ni distinción alguna con los demás estudiantes.

Finalmente ordenó la Sala Constitucional a la Universidad Central de Venezuela y demás universidades nacionales, “la ejecución inmediata e incondicional de lo ordenado” y no sólo a eso, sino a “no desplegar actuaciones que vayan en contra de los lineamientos de la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU).” En la decisión no hay ni una sola palabra para explicar en qué consiste la autonomía universitaria como principio constitucional y su vinculación con la garantía constitucional del derecho a la educación universitaria, ni hay referencia alguna para determinar cuál es su contenido esencial, al punto de que deliberadamente la Sala Constitucional ni siquiera menciona el artículo 109 de la Constitución. Por ello, también deliberadamente, la Sala Constitucional obvió toda consideración sobre el propio contenido del derecho a la educación que consideró supuestamente amenazado de violación por parte de unas autoridades universitarias que lo que han argumentado es que existe en la Constitución la garantía de la autonomía universitaria que les da el derecho de velar por los sistemas de admisión en las Universidades nacionales. La Sala Constitucional tampoco entró a analizar, como era su obligación para decidir, cómo podía con su decisión supuestamente destinada a impedir que se concretara la “amenaza” de violación del derecho a la educación, violar sin embargo la garantía constitucional de la autonomía universitaria destinada, como se dijo, a la vez, a garantizar el derecho a la educación en las Universidades nacionales. En fin, nada argumentó sobre la ponderación de intereses que estaba obligada a realizar, para proceder a aniquilar la autonomía universitaria destinada constitucionalmente a garantizar el derecho a la educación universitaria, supuestamente invocando el mismo derecho constitucional a la educación. Con esta decisión, en realidad, la Sala Constitucional, sin argumentos jurídicos, procedió más como agente gubernamental que como juez, y en definitiva decidió que la autonomía universitaria dejó de existir en el país en materia de selección de los alumnos por parte de las Universidades nacionales, y que las mismas están sujetas a lo que disponga una Oficina del Ministerio de Educación, ordenándole judicialmente a las Universidades abdicar a su autonomía y someterse a las prescripciones dictadas por la Administración Central. Y lo grave de todo es que desde el punto de vista administrativo, lo que la Sala logró fue en definitiva convertir a las autoridades de las Universidades autónomas en órganos subordinados a una oficina administrativa del Ministerio de Educación, y además, criminalizar cualquier acción u omisión administrativa con amenaza de cárcel, al advertirle a las autoridades universitarias que: “el incumplimiento del presente mandamiento acarreará todas las

responsabilidades correspondientes que establece el ordenamiento jurídico.” Ello, no significa otra cosa que como ya ocurrió con el caso de los Alcaldes en 2014,⁷ a quienes se achacó el desacato a lo ordenado por la Sala Constitucional en un amparo cautelar, que terminaron juzgados penalmente por la propia Sala Constitucional, la cual revocó su mandato y los encarceló, en usurpación incluso de la competencia de los tribunales de la Jurisdicción penal. No otra cosa es lo que se deriva de la amenaza de que el incumplimiento del mandato judicial cautelar, “acarreará todas las responsabilidades correspondientes que establece el ordenamiento jurídico.” Con esta decisión, ni más ni menos, las Universidades nacionales han sido finalmente llevadas al cadalso por el régimen autoritario, y el principio constitucional de la autonomía universitaria ha quedado en manos del verdugo judicial, en este caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para ser definitivamente aniquilada.

⁷ Véase la sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014 del caso del Alcalde *Vicencio Scarano Spisso*, del Municipio San Diego del Estado Carabobo, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML>; y el N° 263 el 11 de abril de 2014 del caso *Daniel Ceballos*, Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML>. Véase los comentarios 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. 176-213

54. LAS CORTES SUPREMAS DE COSTA RICA, BRASIL Y CHILE CONDENAN LA FALTA DE GARANTÍAS JUDICIALES EN VENEZUELA

De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que, con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano.

Revista de Derecho Público, N° 143-144, julio-dic. 2015,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 495-500

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar tres sentencias dictadas durante 2015 por las Cortes Supremas de Justicia de Costa Rica, Brasil y Chile, en las cuales, con ocasión de decidir casos concretos, consideraron que la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, no garantiza la protección efectiva de los derechos de sus nacionales.*

Abstract: *Poder Judicial, Independencia. Garantías Judiciales.*

Palabras Clave: *This Paper analyzes three decisions issued in 2015 by the Supreme Courts of Justice of Costa Rica, Brasil and Chile in which deciding specific cases, have considered that the Judicial Power in Venezuela lacks of Independence and autonomy, considering therefore that the rights of its own citizens cannot be effectively guaranteed.*

Key words: *Judicial Power. Independence. Judicial Guaranties.*

Durante el año 2015, ante la pasividad de los gobiernos de la región de confrontar políticamente el totalitarismo que se ha desarrollado en Venezuela en negación de la democracia y de los derechos humanos, y ante el temor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condenar directa y abiertamente la ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial en el país, se ha producido un hecho excepcional e inédito en la historia de la democracia en el Continente, poniéndose en funcionamiento la jurisdicción universal de protección de los derechos fundamentales, al haber sido tres tribunales supremos extranjeros, los de Costa Rica, de Brasil y de Chile, los que sin temor ni ambigüedades han condenado la situación de ausencia total de garantías del debido proceso en Venezuela, protegido y amparado en consecuencia, desde sus respectivas jurisdicciones y países a ciudadanos venezolanos en contra del Estado Venezolano.

I

La primera decisión que se dictó fue por la Sala Constitucional (Sala IV) de la Corte Suprema de Costa Rica, de fecha 31 de julio de 2015 al decidir un proceso de *habeas corpus* (Exp: 15-008391-0007-CO; Res. N° 2015-011568)¹ o amparo a la libertad personal, en la cual ordenó la libertad plena de un ciudadano venezolano detenido pendiente una solicitud de extradición, realizando un grave enjuiciamiento de la catastrófica situación del Poder Judicial venezolano, considerado por la mayoría de sus magistrados, simplemente como *carente de garantías mínimas de un sistema de justicia objetivo e imparcial*,” es decir, de

¹ Véase el texto de la sentencia en http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=directo&r=1. Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia en http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html

autonomía e independencia, estimando que por ello nadie podría esperar poder ser juzgado gozando de garantía judicial alguna, incluso por delitos comunes como era el caso estafa).

Al poner en libertad al detenido y negar su extradición, los magistrados de la Corte Suprema de Costa Rica apreciaron que:

“El amparado no enfrenta condiciones satisfactorias que aseguren que el Estado venezolano posee las condiciones para asegurar que ciudadano sometido a este proceso de extradición, enfrenta una acción represiva que responda a garantías básicas como la independencia de jueces y fiscales, que tenga la tutela debida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al haber denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos. *No hay debido proceso si juzgan jueces nombrados sin estabilidad, si acusan fiscales provisionales, sin garantías que aseguren su independencia en tutela de los derechos fundamentales y la vigencia de un juicio justo. La división de poderes que es la condición política básica que sustenta el propio enjuiciamiento penal, no existe bajo los supuestos que he reseñado.* No hay condiciones elementales que aseguren el equilibrio, la ponderación y los controles que requiere la actividad represiva del estado, razón por la que agrego estos argumentos para considerar que la privación de libertad bajo el mandato y voluntad del estado requirente, no es legítima en este caso, sino que contiene elementos que me demuestran que no hay condiciones institucionales que aseguren la defensa efectiva y los derechos fundamentales del amparado.”

Es decir, los magistrados de la Corte Suprema de Costa Rica, al estimar que “entre las condiciones esenciales para la tutela de la libertad personal, está, *la necesidad de que exista un sistema de justicia independiente que garantice la objetividad e imparcialidad de los jueces, condición sin la cual sería nugatoria la defensa de la libertad frente al ejercicio del poder punitivo del Estado,*” y constatar la situación del Poder Judicial venezolano, consideraron que no podían enviar al detenido a Venezuela pues allí ni iba a tener las garantías de defensa básicas de toda democracia una vez extraditado.”

Los Magistrados de la Corte Suprema de Costa Rica, además, destacaron para proteger la libertad del detenido, que al haber Venezuela denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello originaba que el Estado venezolano presentaba entonces “serias debilidades jurídico-políticas para asegurarle al amparado un enjuiciamiento que cumpla con las garantías básicas de un debido proceso, conforme a las normas constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos;” considerando que dicha denuncia “constituye una *amenaza grave al respeto efectivo de los derechos fundamentales.*” De allí concluyeron los Magistrados: “*Enviar a un ciudadano a un país que ha denunciado una Convención que tutela de derechos fundamentales, no brinda la confianza suficiente para admitir que el ciudadano que se entrega a otra jurisdicción será tratado conforme a las garantías básicas que merece cualquier ciudadano, no importa su nacionalidad.*”

Concluyeron los magistrados de Costa Rica, además, apreciando que, en la catastrófica situación del Poder Judicial en Venezuela, con el sesenta y seis por ciento de la totalidad de los jueces de carácter provisorio

“*jueces provisionales, no aseguran, de ninguna forma, la independencia de la judicatura, lo que incide directamente en la vigencia de las garantías del debido proceso para el amparado cuando se remita a Venezuela.* Esta independencia de los jueces es una garantía fundamental para asegurar la vigencia de un estado constitucional y los derechos fundamentales de la persona sometida a enjuiciamiento. Si no hay independencia de los jueces, las garantías básicas de los ciudadanos, se debilitan y el poder represivo se convierte en un instrumento descontrolado.”

En definitiva para negar la extradición solicitada y proteger al detenido, poniéndolo en libertad, los magistrados de la Sala Constitucional de Costa Rica expresaron que “*Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobablemente ineficiente para cumplir con sus funciones propias,*” por lo que “*el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder* sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”

II

A la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, le siguió la sentencia de noviembre de 2015 del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil,² dictada igualmente en un proceso de extradición de un venezolano que había sido iniciado por Venezuela, en la cual se le concedió al detenido el beneficio de libertad condicional, “por temer que no tenga derecho a un juicio imparcial en su país en caso de una probable extradición.”

El Supremo Tribunal del Brasil, en el caso, con una línea argumental similar a la que se desarrolló en la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, informó en Comunicado sobre lo que había expresado el magistrado instructor del proceso, en relación a que:

“la cooperación penal internacional cede, y siempre debe ceder, a la necesidad de protección de los derechos más básicos de la persona humana, entre los cuales el derecho a ser juzgado, en el Estado solicitante (de la extradición), por un juez exento e imparcial, y bajo el escudo del debido proceso legal.”

Destacando, además, el mismo magistrado relator del proceso, “que considera grave la decisión de Venezuela de renunciar a la Convención Americana de Derechos Humanos en 2012, lo que, en su opinión, indica un retroceso en el trato de asuntos básicos de los derechos de los ciudadanos.”

Es decir, por la falta de garantías judiciales en Venezuela que puedan asegurar a un enjuiciado un juicio justo e imparcial, agrava por la denuncia que hizo Venezuela hizo de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo de Brasil protegió al venezolano detenido, negando la extradición a Venezuela y ordenando su libertad condicional.

III

La última manifestación del desarrollo de la jurisdicción universal en materia de protección de derechos humanos, ha sido la sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile el 18 de noviembre de 2015,³ mediante la cual dicha Corte declaró con lugar un “recurso de protección,” que es equivalente a la acción de amparo de Venezuela o a la acción de tutela de Colombia, que había sido presentado en ese país a favor de los venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, detenidos en los penales de Ramo Verde y Guárico, en Caracas, poniendo así en funcionamiento la “jurisdicción internacional de derechos humanos,” argumentando para ello que::

“resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos antes mencionada, desde que los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela no aparecen actuando con suficiencia en la protección de los derechos de sus ciudadanos ya individualizados; y hasta se podría sostener con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local. Del mismo modo, la jurisdicción y competencia que esta Corte se atribuye, proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el ius cogens sustrato de toda la normativa mundial; y, en tercer término, que la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional.”⁴

Para decidir, la Corte Suprema Chilena acudió al derecho comparado, haciendo referencia incluso al caso decidido en Inglaterra en contra de Augusto Pinochet, indicando que:

² Véase la reseña de la sentencia en: -Brasil otorga libertad a venezolano por dudar de imparcialidad de la justicia en Venezuela,- en *lapatilla.com*, 11 de noviembre de 2015, en <http://www.lapatilla.com/site/2015/11/11/brasil-otorga-libertad-a-venezolano-por-dudar-de-imparcialidad-de-la-justicia-en-venezuela/>

³ Véase la reseña de la sentencia en: -Corte Suprema acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos detenidos en penales de Caracas,- en http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/corte-suprema-acoge-recurso-de-proteccion-de-venezolanos-leopoldo-lopez-y-daniel-ceballos-detenidos-en-penales-de-caracas/

⁴ El Defensor del Pueblo de Venezuela calificó la declaración de la Corte Suprema de Chile como -insólita y grosera- aseverando que la sentencia contra Leopoldo López -no se encuentra en el margen de la Ley de un país soberano como Venezuela.- Véase: -Saab: Decisión de la Corte chilena sobre López y Ceballos es insólita y grosera,- en NOBITOTAL, 20 de noviembre de 2015, en <http://notitotal.com/2015/11/20/saab-decision-de-la-corte-chilena-sobre-lopez-y-ceballos-es-insolita-y-grosera/>. Por su parte, el Tribunal Supremo de Venezuela, mediante Comunicado, rechazó -la ofensa a la institucionalidad, a la democracia y a la soberanía de nuestro país, al situar infundadas afirmaciones, al margen de la verdad y del Derecho Internacional,- indicando que la sentencia de la Corte Suprema de Chile -carece de validez y es absolutamente inejecutable en el orden internacional e interno por violentar principios y normas universales del Derecho Internacional.- Para fundamentar su rechazo, la Presidenta del Tribunal Supremo de Venezuela -Recordó que los tribunales en el país actúan cabalmente y preservando los derechos humanos, por lo que Venezuela se constituye en un verdadero Estado garantista de la esfera de los derechos ciudadanos.- Agregó que el Poder Judicial honra su misión de preservar la soberanía por lo que nunca. Véase el texto en <http://www.tsj.gob.ve/-/poder-judicial-venezolano-condena-decision-injerencista-de-la-corte-suprema-de-chile>

“en el recurso y luego en estrados, se han citado varios casos de jurisdicción universal, entre ellos el llamado “Caso Pinochet”, en que España requirió de Inglaterra la detención de un ciudadano chileno, ex presidente del país, invocando precisamente dicha jurisdicción. Aunque el primer país ha venido revirtiendo su normativa local para atenuar su reconocimiento a dicha jurisdicción, lo cierto es que la legislación vigente a esa época sostenía la universalidad irrestricta de la misma, aceptación que sin mengua sostiene todavía el segundo país y la mayor parte del mundo occidental. La cámara de los Lores inglesa (actual tribunal supremo) ha llegado a sostener que la Convención que prohíbe la tortura posibilita la aplicación de la jurisdicción universal en todos los Estados partes; y que su contenido, trasciende incluso la inmunidad tradicional de los ex jefes de Estado. En igual sentido pueden citarse el caso argentino de “Adolfo Scilingo” (2005), el guatemalteco conocido como el Caso “Genocidio en Guatemala” (1999) y el tibetano “Genocidio en el Tíbet” (2005).

De todo ello, la Corte aceptó el principio de que:

“La jurisdicción universal, que permite el juzgamiento criminal y en varios casos el civil, especialmente en materia de derecho de familia y derecho comercial, y *aunque no existan precedentes objetivos en materia de protección por vía cautelar de los derechos esenciales de la persona humana, con mayor razón deberá admitirse que es posible la dictación de medidas precautorias que tiendan a hacer efectivos tales derechos y los procedimientos judiciales que los apliquen.*”

Con base en esta aproximación universal en materia de protección de derechos humanos, la Corte Suprema de Chile consideró que “la jurisdicción universal tiene reconocimiento en el Derecho Chileno” queda manifestada en el orden procesal interno de Chile en “el recurso de protección de los derechos esenciales reconocidos en nuestra Constitución que le otorgue eficacia y concreción,” razón por la cual, en el caso, que se había originado con motivo de un recurso de protección del derecho a la vida que se había intentado a favor de Leopoldo López y de Ceballos, teniendo en cuenta en particular que el artículo 19 de la Constitución de Chile “asegura a todas las personas” (*sin distinguir su nacionalidad o ubicación geográfica*, en su número 1°, “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

La Corte Suprema, además, invocó el artículo 20 de la Constitución chilena que consagra la posibilidad para todo aquél –*tampoco distingue su nacionalidad o ubicación geográfica*– “que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, Números 1...”, de recurrir de protección, por sí mismo o “por cualquiera a su nombre”, a la Corte de Apelaciones respectiva...”.

De ello dedujo la Corte, que “como la Constitución no definió lo que debe entenderse por “corte respectiva,” dado que en el caso existía “una garantía constitucional que cautelar, como es el derecho a la vida de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, habiéndose establecido suficientemente y en el marco de lo exigible en esta clase de procedimientos el acto de amenaza denunciado; y considerándose razonable estimarlo como arbitrario por las razones antes anotadas,” consideró forzoso declarara con lugar el recurso de protección intentado, disponiendo:

“como medida de cautela de la garantía constitucional del derecho a la vida los citados ciudadanos, la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, representada por su Presidente o un delegatario suyo debidamente autorizado, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guárico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos respecto del cumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia, a fin de que este organismo adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esta Corte Suprema chilena.”

En realidad, como resulta de la lectura del fallo, la protección concedida se limitó a exigir del gobierno de Chile que requiriera a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, para que ésta viaje en Visita a Caracas, Venezuela, y se constituya en las cárceles donde López y Ceballos se encuentran privados de libertad de manera que “constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos respecto del cumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia,” para que con base en ello, la OEA adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, y se informe a la Corte Suprema chilena.

En consecuencia, la orden judicial en realidad está dirigida al gobierno del Estado de Chile, que es el que tiene que requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que proceda en la forma que se indica en la sentencia.

El gobierno de Chile está obligado a acatar la decisión de su tribunal supremo, y deberá realizar sus mejores oficios internacionales por que se produzca la Visita de la Comisión Interamericana a Venezuela. Pero bien se sabe en el Continente, que Venezuela viene rechazando sistemáticamente las Visitas de la Comisión, a cuál acusa de parcial,⁵ por lo que en este caso parecería que ocurrirá lo mismo. Está en manos del Estado de Chile, por tanto, seguir con sus gestiones internacionales para acatar la sentencia de su tribunal supremo, para lo cual deberá solicitar a la Asamblea General de la OEA se pronuncie sobre el irrespeto de los principios democráticos en Venezuela, para lo cual solo tiene que invocar la Carta Democrática Interamericana.

⁵ En octubre de 2015 el Gobierno de Venezuela volvió a rechazar toda Visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase, por ejemplo: -Venezuela vuelve a rechazar una visita de la CIDH. El gobierno de Maduro calificó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de parcial,- en *La Tercera*, 19 de octubre de 2015, en <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2015/10/678-652044-9-venezuela-vuelve-a-rechazar-una-visita-de-la-cidh.shtml>

2016

55. EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA ELECCIÓN POPULAR DE DIPUTADOS.

Comentarios sobre las sentencias de la Sala Electoral N° 260 de 30 de diciembre de 2015 (Caso: Nicia Marina Maldonado Maldonado vs. Elecciones Estado Amazonas), y N° 1 de 11 de enero de 2016, y la sentencia de la Sala Constitucional N° 3 de 14 de enero de 2016.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 285-318

Resumen: *Este artículo estudia las diversas sentencias de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante las cuales se suspendió cautelarmente la proclamación de diputados del Estado Amazonas, impidiéndose su incorporación en la Asamblea Nacional.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Diputados. Control de Constitucionalidad.*

Abstract: *This article analyses the series of decisions issued by the Electoral Chamber and the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, through which it was suspended the proclamation of the elected representatives of the Amazonas State, preventing them to be incorporated in the Assembly.*

Key words: *National Assembly. Representatives. Judicial Review.*

I. “GOLPE JUDICIAL” PÍRRICO DADO CONTRA LA MAYORÍA CALIFICADA DE LA OPOSICIÓN EN LA NUEVA ASAMBLEA NACIONAL

1. *El intento de golpe judicial electoral*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia de la Sala Constitucional N° 1.758 de 22 de diciembre de 2015¹ al “interpretar” sobre la convocatoria a sesiones extraordinarias de la Asamblea Nacional después del 15 de diciembre de 2015, “decretó” de antemano, como se lo había solicitado el Presidente de la Asamblea que terminaba su período constitucional el 4 de enero de 2016, la posibilidad inconstitucional de que el mismo se extendiera, sugiriendo que podía hasta ser más allá de esa fecha, hasta “el día inmediatamente anterior al que se instale la nueva Asamblea Nacional.”

Ello, incluso, dejó abierto un margen de maniobra para tratar de impedir que la nueva Asamblea Nacional se llegase a instalar, por la petición que formularon miembros del partido de gobierno el día 28 de diciembre de 2015, ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, impugnando las elecciones parlamentarios en siete circuitos electorales en los cuales los candidatos a diputados de la oposición habían ganado por estrecho margen (Circunscripción 01 del estado Amazonas, la Circunscripción 02 en el estado Yaracuy, para la representación indígena de la región Sur y para la Circunscripción 02, 03 y 04

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184220-1758-221215-2015-2015-1415.HTML>.

del estado Aragua),² y el día 29 de diciembre de 2015, al impugnarse la totalidad de la elección de diputados en el Estado Amazonas.³

Para materializar las aviesas intenciones del gobierno, la Sala Electoral del Tribunal Supremo integrada en su totalidad por magistrados miembros del partido oficial (alguno, incluso recién nombrado, luego de ser candidato perdedor de dicho partido en las elecciones del 6 de diciembre)⁴ que había entrado en vacaciones judiciales luego de las elecciones parlamentarias, resolvió como por arte de magia suspender “sus vacaciones para recibir los recursos del Partido Socialista Unido de Venezuela,” y proceder a dar despacho “los días 28, 29 y 30 de diciembre;” todo ello a los efectos de admitir las acciones interpuestas y proceder a decidir sobre los amparos cautelares y medida de suspensión de efectos formulados contra los actos de votación de las elecciones de diputados en los circuitos impugnados

Como consecuencia de las impugnaciones mencionadas, la Sala Electoral según se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 30 de diciembre de 2015 en horas de la tarde, procedió a dictar las sentencias N° 254 (Caso: *Pedro Luis Cabello Hermoso, Elecciones diputados en la Circunscripción Electoral N° 1 Estado Amazonas*), N° 255 (Caso: *Néstor Francisco León Heredia, Elecciones Diputados en la Circunscripción Electoral N° 2, Estado Yaracuy*), N° 256 (Caso: *Esteban Argelio Pérez Ramos, Elecciones Diputados, por la representación indígena a la Asamblea Nacional Región Sur*); N° 257 (Caso: *Sumiré Sakura del Carmen Ferrara Molina y Pedro Luis Blanco Gutiérrez, Elecciones de Diputados Circunscripción Electoral N° 2, Estado Aragua*); N° 258 (Caso: *Rosa Del Valle León Bravo, Elecciones de Diputados, Circunscripción Electoral N° 3, Estado Aragua*); N° 259 (Caso: *Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso e Hipólito Antonio Abreu Páez, Elecciones de Diputados, Circunscripción Electoral N° 4, Estado Aragua*); y N° 260 (Caso: *Nicia Marina Maldonado, contra el acto de votación de las elecciones parlamentarias del estado Amazonas*) mediante las cuales admitió los recursos interpuestos.

En los siete primeros casos, siempre según los anuncios, la Sala Electoral declaró improcedente la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos; pero en cambio, en el último de los recursos, el relativo a las elecciones en el Estado Amazonas, en relación con la solicitud de amparo cautelar, la Sala Electoral mediante la mencionada sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015 (Caso: *Nicia Marina Maldonado Maldonado vs. Elecciones Estado Amazonas*)⁵ la declaró procedente (declarando a la vez inoficioso el pronunciamiento respecto de la solicitud de suspensión de efectos), ordenando en consecuencia, “de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación” dictados por los órganos electorales respecto de todos los diputados electos en el Estado⁶ que fueron cuatro, tres por la oposición democrática y uno por el oficialismo.

Las sentencias fueron totalmente clandestinas, no sólo porque su texto no se conoció sino hacia mediodía del día 4 de enero de 2016, sino porque ni siquiera las demandas se pudieron conocer por los interesados representantes de la Mesa de la Unidad Democrática.⁷ Ésos, en efecto, acudieron incluso ante la Sala

² Véase en <http://www.notiminuto.com/noticia/psuv-introdujo-nuevos-recursos-ante-el-ts-j-por-resultado-del-6d/>

³ Véase en <http://www.lapatilla.com/site/2015/12/30/nueva-impugnacion-se-suma-a-recursos-del-psuv-contra-resultado-del-6d/260> (Caso *Estado Amazonas*).

⁴ En la Sala Electoral se designó como magistrado al ex diputado por el Partido Socialista Unido de Venezuela, Christian Zerpa. Véase en <http://versionfinal.com.ve/politica-dinero/calixto-ortega-y-christian-zerpa-entre-magistrados-principales-del-ts-j/>.

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>.

⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>. Véase sobre esta sentencia N° 260 los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El golpe judicial- pírrico, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional, 31 de diciembre de 2015, véase en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20%E2%80%99CGOL%20PE%20JUDICIAL%E2%80%99D%20P%C3%80RRICO.%2031-12-2015.pdf>.

⁷ La sentencia salió sin que los representantes de la Mesa de la Unidad Democrática siquiera hubiesen sido recibidos por los magistrados de la Sala Electoral, los cuales incluso fueron recusados antes de dictar sentencia; recusación que fue ignorada en la misma. Véase en “MUD recusó a magistrados de la Sala Electoral en el caso de impugnaciones,” en Beatriz Arias Contreras, *El Nuevo País. Zeta*, 30 de diciembre de 2015, en <http://enpaiszeta.com/11669-2/>. Con razón podía hasta dudarse no sólo sobre si las sentencias en realidad existían, sino sobre si efectivamente los magistrados volvieron de sus vacaciones.

Electoral pero no fueron atendidos por los Magistrados,⁸ lo que permitía dudar del hecho mismo de que los mismos hubiesen retornado de sus vacaciones para impartir la “justicia vacacional” que se anunció.

En todo caso, como consecuencia de estas impugnaciones, el Secretario General de la Mesa de la Unidad Democrática se dirigió al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, mediante comunicación del mismo día 30 de diciembre de 2015, denunciando la maniobra, y advirtiéndole que el camino pacífico que se había seguido con el triunfo electoral, a pesar de todas las ventajas del oficialismo, estaba en peligro, colocándose “al país entero al filo del desastre” ante lo que calificó como un “golpe de Estado judicial,” agregando que:

“Desafiando la voluntad del pueblo expresada en las urnas, y utilizando un poder judicial colonizado por el partido de gobierno, el oficialismo hoy pretende desconocer los resultados electorales que ellos mismos reiteradamente llamaron a respetar. Incumpliendo lapsos, violentando instancias, poniendo a decidir a magistrados que son al mismo tiempo juez y parte, el oficialismo pretende impugnar un grupo de diputados, alterando así la composición que el Soberano decidió que tuviera el nuevo Parlamento.”⁹

En todo caso, la reacción inicial ante el anuncio que aparecía en la página web del Tribunal Supremo sobre que se había suspendido la proclamación de los diputados ya proclamados en el Estado Amazonas, fue su total improcedencia e inejecutabilidad porque los efectos ya cumplidos de unos actos no pueden “suspenderse,” porque en definitiva, como con razón se dijo, en realidad ya no habría “efectos que suspender.”¹⁰ Sin embargo, lo cierto fue que judicialmente la decisión lo que pretendió crear fue un vacío en la representación democrática, así fuera “provisional,” respecto de cuatro diputados, similar al que se produciría cuando se decreta la nulidad de la elección. Por ello, la Mesa de la Unidad Democrática, frente a este atropello, se pronunció expresando lo siguiente:

“Un TSJ vacacional no puede mutilar la representación nacional elegida por el pueblo soberano. Una Sala Electoral con la mayoría de sus miembros titulares de viaje [ausentes], incorporando a otros de reciente y aún más dudosa legitimidad en su designación, no está en capacidad de vulnerar, modificar o cercenar al Poder Legislativo escogido mediante el voto popular. La insólita decisión del TSJ que deja sin representación parlamentaria a todo el Estado Amazonas es una declaración de rebeldía de la burocracia derrotada frente a la legítima decisión del pueblo. Es esa burocracia derrotada la que se ha colocado al margen de la Ley, de la Constitución y del mismo sentido común. Aquí no estamos en presencia de un enfrentamiento entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Aquí lo que está en abierto conflicto es el Poder del Pueblo que con sus votos decidió que quiere cambio, y el declinante poder de una burocracia que antes no tenía pueblo y ahora tampoco tiene legitimidad.

La Mesa de la Unidad Democrática ratifica al pueblo venezolano que no permitiremos que su voluntad y su voto sea irrespetado. Todos los diputados de la Unidad Democrática han sido electos por el Soberano, mientras que alguno de los magistrados que perpetró esta agresión a la voluntad del pueblo se eligió a sí mismo. Esto da una idea de la inmensa crisis de ilegitimidad que atraviesa el régimen. Reiteramos que, con la fuerza de la Constitución, con la fuerza de la Ley y la fuerza del pueblo, los 112 diputados de la Unidad Democrática tomarán posesión el próximo 5 de Enero.”¹¹

⁸ El diputado Ismael García indicó que tras horas de espera ningún magistrado del Tribunal Supremo de Justicia atendió a los representantes de la MUD que se acercaron para pedir copia de los recursos suspensión de efectos contra el acto de votación de las elecciones parlamentarias en circuitos de Aragua, Amazonas, Yaracuy y la representación indígena de la región sur. -Nos retiramos del TSJ sin ser atendidos por ningún magistrado de la Sala electoral y sin conocer el expediente. ¿Cuál Justicia?-, manifestó el parlamentario a través de su cuenta en Twitter. Yalezsa Zavala / Véase en -Magistrados de la Sala Electoral del TSJ no atendieron a representantes de la MUD. En Noticiero Digital.com, 30 dic. 2015, en <http://www.noticierodi-gital.com/2015/12/magistrados-de-la-sala-electoral-del-tsj-no-atendieron-a-representantes-de-la-mud/>

⁹ Véase en <https://www.yahoo.com/news/venezuela-opposition-warns-judicial-coup-maduro-185351061.html>

¹⁰ Por ello José Ignacio Hernández agregó que: -la Sala Electoral no puede, en virtud de una medida cautelar, modificar los efectos jurídicos de esa proclamación y -suspender- el mandato popular de representación ya perfeccionado, pues los efectos de la proclamación ya se cumplieron.- Véase -Luego de los 4 diputados suspendidos por el TSJ: ¿Qué va a pasar?-, en *Prodavinci*, 30 de diciembre de 2015, en <http://proda-vinci.com/blogs/luego-de-los-4-diputados-suspendidos-por-el-tsj-que-va-a-pasar-por-jose-ignacio-hernandez/>

¹¹ Véase en <http://www.lapatilla.com/site/2015/12/30/mud-rechaza-sentencia-del-tsj-la-burocracia-derrotada-se-declara-en-rebeldia-ante-decision-del-pueblo-comunicado/>. Igualmente véase el Comunicado en -MUD: Los 112 diputados tomarán posesión el 5 de enero,- en *El Nacional*, 31 de diciembre de 2015, en http://www.el-nacional.com/politica/MUD-diputados-tomaran-posesion-enero_0_766723344.html

En todo caso, lo importante frente a la decisión de la Sala Electoral, considerando que no era más que otro signo de la crisis terminal del régimen que había que enfrentar en todos los terrenos democráticos, porque no se podía cercenar la voluntad popular expresada por el pueblo en las elecciones, y dejar a un Estado de la República sin representación en la Asamblea; era determinar cuáles eran efectivamente los efectos jurídicos de la decidida “*suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación* en el Estado Amazonas,” que no eran definitivamente los que buscó la “burocracia derrotada,” para usar la expresión de la MUD.

Lo decidido por la Sala Electoral, en realidad, en cuanto a sus efectos jurídicos, en la práctica equivalía a una especie de “revocación provisional” del mandato popular de los diputados, que dejaba “provisionalmente” sin representación en la Asamblea a todo el Estado Amazonas. Independientemente de que ello era inadmisibles pues era contrario el principio democrático, se trataba de una medida que producía un efecto similar –aun cuando “provisional”– al de la anulación de la elección que pudiera decidir la Sala Electoral. En esos casos de anulación, mientras se produce una nueva elección y se restablece la totalidad del número de representantes previstos legalmente, el cuerpo representativo de que se trate tiene que funcionar con los que lo integran efectivamente como consecuencia de la elección; siendo en relación con esa integración como tenían en este caso que calcularse las mayorías requeridas para su funcionamiento.

Y así, si se analiza la integración de la Asamblea Nacional luego de la sentencia de la Sala Electoral del 30 de diciembre de 2015, lo cierto es que con la misma se mutiló “provisionalmente” la representación popular en la misma, al “suspenderse” la proclamación de cuatro diputados; pero con la misma, en realidad no se afectó en forma alguna la mayoría calificada que tenían los partidos agrupados en la MUD en la Asamblea.

Es decir, lo que perseguían los impugnadores con las demandas, y lo que quizás persiguió la sentencia de la Sala Electoral, de afectar la mayoría calificada que ganó la oposición democrática en la Asamblea no lo lograron. Por ello hablamos de “golpe judicial pírrico.”

En efecto, según el resultado de las elecciones del 6 de diciembre, de los 167 diputados electos, la MUD sacó 112 y el gobierno 55 diputados. Esa integración fue la que fue afectada por la sentencia, de manera que, como consecuencia de la misma, si era acatada después de la instalación de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2016, el número total de diputados como consecuencia de la “suspensión provisional” de la representación del Estado Amazonas decretada judicialmente sería de 163 diputados y no de 167, que fueron los originalmente electos.

Y sobre esa cifra que es la totalidad de los diputados electos, excluyendo los electos en el Estado Amazonas, cuya proclamación fue suspendida, es que entonces debía calcularse la mayoría calificada, resultando entonces que la oposición democrática, con 109 diputados en relación a los 54 del gobierno, continuaba controlando la mayoría calificada de la Asamblea que el pueblo le dio.

2. *La consecuencia del irresponsable intento de “golpe judicial” electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional “designación” de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la Asamblea moribunda*

Lo que ocurrió con el intento fallido de “golpe judicial” electoral que pretendió afectar la instalación de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2016, con el “anuncio” publicado el miércoles 30 de diciembre de 2015 en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la supuesta sentencia emitida por la Sala Electoral N° 260 (Caso: *Nicia Marina Maldonado vs. el acto de votación de las elecciones parlamentarias del Estado Amazonas*), como antes expresamos, no fue más que un signo más, evidente, de que la primera tarea que tenía por delante la nueva Asamblea Nacional, era el restablecimiento de la institucionalidad democrática del país¹² mediante la necesaria “elección” popular de los titulares de los Poderes Públicos, por la propia Asamblea actuando como Cuerpo Elector de segundo grado con el voto de la mayoría calificada que exige la Constitución.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, -El primer paso para la reconstrucción de la democracia: El restablecimiento de la legitimidad democrática de todos los poderes públicos. Sobre porqué la nueva Asamblea Nacional debe proceder a revocar los irritos actos de nombramiento de los titulares del Poder Ciudadano (Fiscal General, Contralor General, Defensor del Pueblo), del Poder Judicial (magistrados del Tribunal Supremo y del Poder Electoral (rectores del Consejo Nacional Electoral), y proceder, elegir como Cuerpo Electoral de segundo grado- New York, 10 de diciembre 2015, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20PRIMER%20PASO%20RECONSTRUCCION%20DE%20LA%20DEMOCRACIA.%20ELEC%C3%93N%20DE%20LOS%20TITULARES%20DE%20LOS%20PODERES%20P%C3%A9BLICOS.%20dic%202015.pdf>

Y ello lo debió haber comenzado a realizar la Asamblea, en forma ineludible y urgente, con la previa revocación de la inconstitucional “designación” efectuada por la anterior Asamblea ya feneciente de dichos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, tanto en diciembre de 2014 y diciembre de 2015.¹³

Ese intento de golpe judicial anunciado en forma por demás irresponsable por la Sala Electoral el 30 de diciembre de 2015, por supuesto no fue más que una muestra adicional de la permanente e inconstitucional intervención y “depuración” del Poder Judicial venezolano conducido a mansalva desde el gobierno durante los quince años precedentes, comenzando por el Tribunal Supremo, que es lo que ha originado la irregular situación de politización del mismo.

No debe extrañar, por tanto, que por ello, los magistrados de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, todos, o eran militantes abiertos del partido oficialista de gobierno o en todo caso, estaban sometidos totalmente al control político del mismo, en una forma como nunca antes se había visto, habiendo perdido totalmente todo vestigio de independencia, autonomía e imparcialidad.¹⁴ Por eso, con razón, el *Grupo de Profesores de Derecho Público*, al considerar que con la sentencia de la Sala Electoral, se configuró “plenamente el intento de *Golpe Judicial* contra la voluntad popular expresada el pasado 6 de diciembre” expresó:

“su más categórico rechazo a dicho fallo por constituir el mismo una evidente, grosera e inhumana manipulación de la justicia, que evidencia que, en la actualidad, el Poder Judicial en Venezuela es un simple operador político dispuesto a cumplir los designios de la facción a la que le sirve.”¹⁵

Ello es lo que la nueva Asamblea Nacional por, sobre todo, no podía tolerar. En la situación en la que estaba y está integrado el Tribunal Supremo y sus Salas, no es posible para nadie esperar justicia, siendo más bien lo que se puede esperar, la emisión servil de ordenes políticas con forma de sentencias, como precisamente sucedió con el irresponsable “anuncio” del miércoles 30 de diciembre de 2015 mediante la cual se pretendió afectar arteralmente los resultados de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015. Y ello, nada menos, que mediante el material “eliminación,” es decir, “borrando” así fuera “provisionalmente” a todos los diputados electos y proclamados en el Estado Amazonas, buscando con ello, en alguna forma, pretender afectar las circunstancias mismas de la instalación de la nueva Asamblea Nacional que estaba prevista para el 5 de enero de 2016, lo que no se logró.

En todo caso, lo más grave de la irresponsabilidad judicial de los insensatos jueces a los que se atribuyó el desaguisado, fue que en este caso, la supuesta sentencia “dictada,” como indicamos, permaneció totalmente clandestina durante cinco días, pues después de anunciada en horas de la tarde del 30 de diciembre de 2015, solo fue el lunes 4 de enero de 2016 en horas del mediodía, es decir, en el día de la víspera de la instalación de la nueva Asamblea Nacional que se quería afectar; cuando el país, es decir, todos los venezolanos, y en especial los ciudadanos del Estado Amazonas, se enteraron sobre cuál había sido el texto mismo de la demanda intentada que habría originado la “sentencia” clandestina, y pudieron entonces saber qué era lo que se había denunciado y demandado, que ameritaba tan grave decisión, adoptada en el texto de la insensata sentencia, que así fue cómo se conoció.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El golpe de Estado dado en diciembre de 2014 en Venezuela con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público,- en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 52, Madrid 2015, pp. 18-33.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los doce años de vigencia de la constitución de 1999 (O sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución, ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una -jurisdicción disciplinaria judicial-), en *Independencia Judicial*, Colección Estado de Derecho, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org., Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Universidad Metropolitana (Unimet), Caracas 2012, pp. 9-103.

¹⁵ Agregaron los Profesores que las circunstancias en que fue dictada la sentencia N° 260, -muestran que no hubo transparencia, ni imparcialidad ni independencia, ni igualdad de trato, ni debido proceso, ni respeto al derecho a la defensa en la actuación de la Sala Electoral, violando así entre otros, el artículo 26 de la Constitución que prevé el acceso a la justicia, el artículo 49 constitucional que establece el debido proceso, el artículo 21 de la Constitución que prevé el derecho a la igualdad de trato ante la ley y el artículo 256 que prohíbe que los magistrados y jueces lleven a cabo activismo político.- Véase -Comunicado del Grupo de Profesores de Derecho Público de las Universidades venezolanas ante la sentencia de la Sala Electoral que pretendió desconocer la voluntad del pueblo del Estado Amazonas,- 5 de enero de 2016.

Es decir, como antes comentamos, al inicio del día 4 de enero de 2015, en Venezuela nadie sabía a ciencia cierta si los magistrados que supuestamente habrían “firmado” la decisión, habían regresado efectivamente ese día de las vacaciones de las cuales disfrutaban,¹⁶ y si efectivamente acudieron físicamente a la sede del Tribunal Supremo a conocer de un expediente de una demanda intentada el día anterior, a discutir el caso y a elaborar la decisión, a pesar de que habían sido recusados;¹⁷ o si solo fueron unos “fantasmas” los que actuaron. En todo caso, es obvio que la sentencia anunciada no existía, pues de lo contrario hubiese sido publicada, y si algo de ello existía, quizás los que la anunciaron pasaron todo el fin de semana, incluidos los días feriados de fin y comienzo de Año, para maquillarla.

En todo caso, era para corregir esa “justicia” que la nueva Asamblea tenía el mandato popular necesario para actuar; pues no era posible admitir que unos irresponsables magistrados, o “alguien” actuando en nombre de ellos, el 30 de diciembre de 2015, en un asunto tan grave como cuestionar una elección popular de representantes del pueblo, se hubiera limitado a poner un anuncio en la página web del Tribunal Supremo indicando que Nicia Marina Maldonado habría intentado un “*recurso contencioso electoral conjuntamente con amparo cautelar y medida de suspensión de efectos contra el acto de votación de las elecciones parlamentarias del pasado 06 de diciembre de 2015 del estado Amazonas,*” pero sin indicar de qué recurso se trataba, y sin que nadie pudiera haber conocido el texto de la demanda, que permaneció siendo clandestina.

Nada se supo, por tanto, si de lo que se trataba era de una acción de nulidad de las elecciones en todo el Estado, de nulidad de votaciones puntuales en alguna mesa electoral, o de otras irregularidades electorales; siendo lo más cuestionable de todo, el hecho de que a renglón seguido del anuncio ambiguo sobre la demanda, en la misma página web del Tribunal se hubiese anunciado, pura y simplemente, que se había dictado la sentencia N° 260, mediante la cual, la supuesta y clandestina Sala Electoral había ordenado:

“de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el estado Amazonas para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional.”

O sea, los venezolanos, y en particular los votantes en el Estado Amazonas, de ese texto críptico del anuncio en la página web del Tribunal Supremo que originó la información sobre la “suspensión” de los efectos de los actos electorales para la elección de diputados en el Estado Amazona,¹⁸ aún sin que nadie conociera el texto de la sentencia, si es que existía, tuvieron que deducir que la Sala Electoral lo que había hecho en la práctica, para lo cual carecía de competencia, era “suspender la proclamación” de los cuatro (4) diputados electos en el Estado Amazonas, que ya habían sido proclamados y gozaban incluso de inmunidad parlamentaria (art. 200). En realidad, lo que la decisión significó, así fuera “provisionalmente, fue que el pueblo del Estado Amazonas había quedado sin representación popular, lo que de por sí era contrario al principio democrático, pues el pueblo del Estado había efectivamente votado y elegido dichos diputados, los cuales, además, como se dijo, habían sido proclamados por las autoridades electorales.

Por ello, con razón, luego del anuncio en la página web del Tribunal Supremo de la decisión, personas incluso afectas al régimen denunciaron la actuación de la “Sala Electoral en vacaciones integrada por unos magistrados recién nombrados en forma ilegal” como el gran “escándalo judicial de 2015,” impulsada por

¹⁶ Como lo reseña la prensa el mismo 30 de diciembre de 2015: -El diputado Ismael García indicó que tras horas de espera ningún magistrado del Tribunal Supremo de Justicia atendió a los representantes de la MUD que se acercaron para pedir copia de los recursos suspensión de efectos contra el acto de votación de las elecciones parlamentarias en circuitos de Aragua, Amazonas, Yaracuy y la representación indígena de la región sur. / -Nos retiramos del TSJ sin ser atendidos por ningún magistrado de la Sala electoral y sin conocer el expediente. ¿Cuál Justicia?-, manifestó el parlamentario a través de su cuenta en Twitter.- Véase en Yalezsa Zavala, -Magistrados de la Sala Electoral del TSJ no atendieron a representantes de la MUD. En *Noticiero Digital.com*, 30 dic 2015, en <http://www.noticierodigital.com/2015/12/magistrados-de-la-sala-electoral-del-ts-j-no-atendieron-a-representantes-de-la-mud/>.

¹⁷ El anuncio sobre la sentencia salió, en efecto, sin que los representantes de la Mesa de la Unidad Democrática que acudieron antes ante la Sala Electoral hubiesen sido siquiera recibidos por los magistrados de la misma, los cuales incluso fueron recusados antes de que supuestamente dictaran la sentencia; recusación que fue ilegalmente ignorada. Véase en -MUD recusó a magistrados de la Sala Electoral en el caso de impugnaciones,- en Beatriz Arias Contreras, *El Nuevo País*, 30 de diciembre de 2015, en <http://enpaiszeta.com/11669-2/>

¹⁸ Véase por ejemplo la reseña de William Neuman y Patricia Torres, -Venezuelan Court Blocks 4 Lawmakers,- en *The New York Times*, 31 de diciembre de 2015, p. A9.

“el ala más corrupta del alto gobierno” con una decisión “pre-elaborada.”¹⁹ Todo ello, como también se denunció, fue el resultado de haber tomado “por asalto descaradamente el Tribunal Supremo de Justicia con argumentos leguleyos, con militantes del Partido Socialista Unido de Venezuela [...], y con estas fichas descaradamente ilegítimas, decidir de inmediato impugnaciones a los resultados del 6 de diciembre.”²⁰

Fue por todo ello, además, que la Mesa de la Unidad Democrática calificó a las impugnaciones formuladas que originaron la supuesta sentencia anunciada, como un “golpe judicial” contra la democracia venezolana, considerando que con ello lo que se buscaba era poner en peligro la mayoría calificada que había logrado la oposición democrática en la Asamblea Nacional, como consecuencia de la elección de 6 de diciembre de 2015, indicando que:

“Desafiando la voluntad del pueblo expresada en las urnas, y utilizando un poder judicial colonizado por el partido de gobierno, el oficialismo hoy pretende desconocer los resultados electorales que ellos mismos reiteradamente llamaron a respetar. Incumpliendo lapsos, violentando instancias, poniendo a decidir a magistrados que son al mismo tiempo juez y parte, el oficialismo pretende impugnar un grupo de diputados, alterando así la composición que El Soberano decidió que tuviera el nuevo Parlamento.”²¹

En sentido similar se pronunció el *Grupo de Profesores de Derecho Público*, al constatar que lo que tenemos en Venezuela es:

“tenemos una Sala Electoral con jueces nombrados violando la Constitución, y que hasta hace poco eran activistas del partido de gobierno, una Sala que viola sus propios criterios sobre vacaciones judiciales, una Sala que no permite el acceso a los expedientes, una Sala que no decide sobre las recusaciones que se le interponen, que anuncia sus decisiones con días de anticipación pero no las publica, sino sólo un día antes de la juramentación de los diputados. Todo esto resulta en una evidente muestra de todos y cada uno de los problemas de los que adolece el poder judicial venezolano.

Lo expuesto, por su crudeza, dada la grosera manera en que se están tomando las decisiones judiciales, pone en evidencia, por una parte, que el poder judicial debe ser conformado de acuerdo con las pautas constitucionales, y mientras esto no suceda, la justicia en nuestro país no pasará de una ilusión.”²²

Hemos ya señalado, en todo caso, que el “golpe judicial” electoral que se pretendió dar tan burdamente, en esencia, no fue más que un golpe pírrico,²³ pues a pesar de que con el mismo lo que se quería era arrebatarse a la oposición democrática, para el momento de la instalación de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2016, la mayoría calificada que logró en las elecciones de 112 diputados de un total de 167, frente a 55 del gobierno; si la sentencia llegaba a ser acatada, la oposición quedaba con 109 diputados de un total de 163, frente a 54 del gobierno, lo que implicaba que la oposición democrática seguiría teniendo la misma mayoría calificada de la Asamblea.²⁴

La maniobra política, por ello, en realidad no afectó en forma alguna el acto de instalación de la Asamblea, pero lo que sí puso en evidencia fue lo que expresamos desde el inicio en el sentido de que la primera decisión política que debía adoptar la nueva Asamblea Nacional en representación del mandato de cambio democrático que le confirió el pueblo el 6 de diciembre, era la revocación de las inconstitucionales designaciones de magistrados y su subsecuente elección por la Asamblea nueva, en segundo grado, mediante el voto de la mayoría calificada de los diputados que la componen.

¹⁹ Véase Edgar Perdomo Arzola -TSJ: ¿Hamponato judicial electoral?, *Aporrea*, 31 de diciembre de 2015, en <http://www.aporrea.org/actualidad/a220231.html>.

²⁰ Véase José Alfredo Guerrero Sosa, -¡Nubarrones de guerra! ¡General en jefe Vladimir Padrino tiene la palabra!, en *Aporrea*, 1 de enero de 2016, en <http://www.aporrea.org/actualidad/a220315.html>.

²¹ Véase -La MUD denuncia -golpe judicial- ante la ONU, OEA, Unasur y la Unión Europea,- en *Noticiero Digital.com*, 31 de diciembre de 2015, en <http://www.noticierodigital.com/2015/12/la-mud-denuncia-golpe-judicial-ante-la-oea-unasur-y-la-union-europea/>

²² Véase -Comunicado del Grupo de Profesores de Derecho Público de las Universidades Venezolanas ante la sentencia de la Sala Electoral que pretendió desconocer la voluntad del pueblo del Estado Amazonas,- 5 de enero de 2016.

²³ Del diccionario: -Se aplica a la victoria o al triunfo que ocasiona un grave daño al vencedor y casi equivale a una derrota.-

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El -golpe judicial- pírrico, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional*, - New York, 31 de diciembre de 2015, en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20%E2%80%99CGOLPE%20JUDICIAL%20%E2%80%99D%20P%C3%84RRICO.%2031-12-2015.pdf>. Véase, además, -Lectura Obligada- Golpe Judicial: ¿Perdió la MUD la mayoría calificada?, por José Ignacio Hernández 2 de enero de 2016, en <https://d3k4qfi1qkst3y.cloudfront.net/lectura-obligada-golpe-judicial-perdio-la-mud-la-mayoria-calificada-por-jose-igna-cio-hernandez/>

Ello debió hacerlo la Asamblea, además, por la tremenda irresponsabilidad en la cual incurrieron los magistrados de la Sala Electoral al supuestamente haber tomado una decisión tan grave y trascendental como “suspender” algo ya ejecutado y por tanto que era “insuspendible,” como es una proclamación de una elección ya consumada,²⁵ y hacerlo mediante una sentencia clandestina, que solo reflejó ignorancia en derecho, que puso en evidencia que nunca debieron haber sido designados para tan alto cargo.

De todo lo anterior quedó claro que por ningún respecto la Asamblea Nacional debía posponer dicha decisión tendiente a comenzar a restablecer el principio de separación de poderes en el país, abriendo la posibilidad de controlar el ejercicio del poder, sin lo cual simplemente no hay democracia. De lo contrario corría el riesgo de que el “hamponato judicial,”²⁶ bloquease sus actuaciones y detuviera la necesaria reconstrucción del régimen democrático, que fue lo que el pueblo le impuso como mandato en la elección del 6 de diciembre, y fue lo que ocurrió en los primeros meses de 2016.

La decisión que debió haber tomado la Asamblea Nacional al instalarse no iba a originar confrontación de poderes alguna, pues la confrontación ya se había iniciado con las decisiones de la Asamblea Nacional feneciente nombrando en forma inconstitucional a los magistrados, pretendiendo arrebatarle sus poderes a la nueva Asamblea; y con el irresponsable anuncio de estos, sobre la supuesta sentencia con la cual se quería afectar la instalación de la nueva Asamblea. La nueva Asamblea no debió ignorar esto; y al contrario tenía la obligación de ejercer sus poderes constitucionales y cumplir el mandato popular que resultó de su elección, ante un Tribunal Supremo inconstitucionalmente designado, que pretendía desconocer la voluntad popular. Y efectivamente comenzó a hacerlo designando una Comisión para estudiar la revocación de las inconstitucionales designaciones de magistrados, la cual como se verá más adelante, fue anulada por la Sala Constitucional; al igual que ocurrió con el Acuerdo de la Asamblea de revocar las designaciones adoptado en julio de 2016, el cual también fue anulado por la Sala Constitucional, como se comenta igualmente más adelante.

3. *La inconstitucional, delictiva e inejecutable sentencia de la Sala Electoral “suspendiendo” la elección de los diputados del Estado Amazonas*

En todo caso, como se dijo, el texto de la esperada y clandestina sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, publicada a mediodía del 4 de enero de 2016,²⁷ dictada con ocasión de la demanda intentada por Nicia Marina Maldonado Maldonado el día 29 de diciembre de 2015 contra el acto de votación de las elecciones de diputados efectuadas en el Estado Amazonas el día 6 de diciembre de 2015; confirmó la tremenda irresponsabilidad e ignorancia de quienes la redactaron, lo que abonaba aún más la tesis de que la nueva Asamblea Nacional no podía dejar de revocar las inconstitucionales designaciones de los magistrados que integran dicha Sala.²⁸

Por el texto de la sentencia, en efecto, cinco días después de haber sido “dictada,” los venezolanos pudieron constatar no solo la magnitud de la ilegalidad cometida por los irresponsables “jueces” que integran la Sala Electoral al dictar la sentencia, sino a través de la misma, conocer, primero, el texto de la demanda que la motivó, intentada por una “candidata a Diputada de la Asamblea Nacional por el estado

²⁵ Por ello, José Ignacio Hernández con razón insistió en señalar que -esa sentencia de suspensión es inejecutable.- La -suspensión de efectos- es una medida cautelar que pretende impedir el cumplimiento de las consecuencias derivadas de un acto, pero si esas consecuencias son inmediatas, no es posible ya suspender sus efectos. Una vez proclamados los diputados no existe tal cosa como una -desproclamación.- Sería tan absurdo como, por ejemplo, pretender suspender un acto de graduación ya realizado.- Véase en -¿Qué puede pasar el #5E, día de la instalación de la Asamblea Nacional?, en *Prodavinci*, 2 de enero de 2016, en [http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+\(Prodavinci\)](http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+(Prodavinci)).

²⁶ Véase Edgar Perdomo Arzola -TSJ: ¿Hamponato judicial electoral?, *Aporrea*, 31 de diciembre de 2015, en <http://www.aporrea.org/actualidad/a220231.html>

²⁷ Véase en <http://www.tsj.gob.ve/en/decisiones#3>. Véase, además, Allan R. Brewer-Carías, -La inconstitucional y delictiva sentencia de la Sala Electoral pretendiendo -suspender- las elecciones de diputados el Estado Amazonas es inejecutable,- 4 de enero de 2016, en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20INCONSTITUCIONAL,%20DELICTIVA%20E%20INEJECUTABLE%20SENTENCIA%20DE%20LA%20SALA%20ELECTORAL%20204-1-2016.pdf>.

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, -El irresponsable intento de -golpe judicial- electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional -designación- de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la asamblea moribunda,- 4 de enero de 2016, en: <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACI%C3%93N%20DE%20LOS%20JUECES%202004-01-2016.pdf>

Amazonas, postulada por el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y otras organizaciones,” quien por supuesto no había salido electa; y segundo, el objeto de la misma intentada contra “el acto de votación” de dichas elecciones parlamentarias, siendo la solicitud formulada que:

“se anule la elección de los cargos a diputados a la Asamblea Nacional por el Estado Amazonas, que implica: i) el acto de votación; ii) el acto final de escrutinio; iii) el acto de totalización; y iv) el acto de proclamación de los ganadores de los curules correspondientes.”

Es decir, la sentencia se dictó con ocasión de una demanda de nulidad de las elecciones parlamentarias efectuadas en el Estado Amazonas el 6 de diciembre pasado, la cual, de declararse con lugar, conforme al artículos 170 de la misma Ley Orgánica sobre los Procesos Electorales, implicaría que el Consejo Nacional Electoral tendría que convocar “un nuevo proceso electoral” en el Estado. Pero como ello seguramente no interesaba al Partido de gobierno, la demanda, en realidad hay que deducir que fue intentada, no para que se anulase la elección, sino para obtener una medida cautelar vacacional, que suspendiese *sine die* la proclamación de los diputados.

Precisamente por la consecuencia que tendría legalmente una declaratoria de la nulidad, el artículo 215 de la Ley Orgánica sobre Procesos Electorales es tan preciso en establecer las causas de nulidad de una elección, que solo pueden ser:

- “1. Cuando se realice sin previa convocatoria del Consejo Nacional Electoral.
2. Cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno o violencia, en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate.
3. Cuando el Consejo Nacional Electoral o el órgano judicial electoral correspondiente determine que en la elección realizada no se ha preservado o se hace imposible determinar la voluntad general de los electores y las electoras.”

Según lo reseñó la sentencia, parecería que la demanda se basó en el segundo ordinal del artículo 215, aun cuando curiosamente dicho artículo ni siquiera se citó a lo largo de la sentencia, al informarse que la demanda se intentó:

“contra el acto de votación de las elecciones Parlamentarias celebradas el pasado 6 de diciembre de 2015, por estar viciado de NULIDAD ABSOLUTA, al ser producto de la manipulación de la votación libre y secreta de los electores del Estado Amazonas y que en su conjunto constituyen un fraude estructural y masivo que afecta al sistema electoral venezolano (...)” (sic) (resaltado del original).”

Es decir, en este caso, se trataría de un alegato basado en lo que quizás sea el más grave de los vicios que puedan achacarse a una elección, que es el “fraude” electoral “estructural y masivo,” lo que sin duda para que cualquier demanda pudiera prosperar, requeriría no sólo de la precisión sobre en qué consistió la conducta del engaño o aprovechamiento del error de alguien por parte del autor del fraude para obtener un provecho en beneficio propio o de un tercero, capaz de haber afectado “el resultado de la elección,” sino por sobre todo, requeriría de una prueba sólida y fehaciente de dicho fraude.

El recurso de nulidad, tal como se reseñó en la sentencia, estuvo basado únicamente en el supuesto hecho de que una alta funcionaria de la Gobernación del Estado Amazonas (Secretaria de la Gobernación), habría pagado “diversas cantidades de dinero a los electores para votar por candidatos opositores,” quien además, habría condicionado “la entrega de beneficios económicos a cambio de un voto favorable para los candidatos opositores,” agregándose que dicha funcionaria habría dirigido “acciones destinadas a manipular el voto asistido de los ciudadanos adultos mayores o aquellos que por alguna condición física o cualquier otro impedimento le dificultaba ejercer su derecho al sufragio (...)” En síntesis, se afirmó en el recurso, según la sentencia, que:

“la secretaria de la Gobernación del mencionado Estado, Victoria Franchi Caballero” ofrecía entre Dos Mil Bolívars (Bs. 2.000,00) y Cinco Mil Bolívars (Bs. 5.000,00), a los habitantes de Amazonas para que votaran por la mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudaran a desviar el voto de las personas que por razones físicas u otro impedimento realizaran su votación de forma asistida.”

De ello, concluyó la demandante, según la reseña de la demanda que se hizo en la sentencia, que “los ciudadanos y ciudadanas que ejercieron su derecho al sufragio durante este proceso electoral en el Estado Amazonas, no lo hicieron de manera libre y voluntaria, sino bajo la presión y coaccionados por acciones de la tolda opositora que la Ley especial denomina como ‘fraude, cohecho, soborno o violencia’ lo cual afectó los resultados del proceso electoral parlamentario.”

La única prueba que la recurrente presentó del supuesto “fraude estructural y masivo” ante la Sala Electoral, según lo reseñó la sentencia, fue el texto de una grabación en la cual se podría escuchar una conversación que habría sostenido la mencionada Secretaria de la Gobernación del Estado Amazonas, “con otra persona anónima,” en la cual se habrían hecho las afirmaciones antes destacadas; grabación que “en fecha 16 de diciembre de 2015, fue difundida por los medios de comunicación social.”

Una demanda o recurso con ese sólo fundamento genérico, basado en una supuesta conversación privada sostenida por un funcionario público con una “persona anónima,” que constaría de una grabación ilegal, por supuesto no resiste el menor análisis ni consideración, y lo que debió haber hecho la Sala Electoral al recibirla, lejos de admitirla, era declarar el recurso como inadmisibile, pues como resulta de la reseña que se hace en la sentencia, no solo la recurrente no acompañó prueba alguna de la certeza de la supuesta conversación, ni de que la misma realmente hubiera tenido lugar, sino que tampoco acompañó prueba alguna de que, por ejemplo, algún votante hubiera efectivamente recibido algún dinero para votar el 6 de diciembre de 2015 a favor de algún candidato, de manera que el “fraude estructural y masivo” se hubiese producido en el Estado.

De lo anterior resulta, por tanto, como lo reseñó la Sala Electoral, que en el expediente no hay prueba alguna de que en las elecciones parlamentarias del Estado Amazonas hubiese ocurrido algún fraude estructural y masivo, y lo único que se alegó fue que, en una conversación privada entre dos personas, se habló de pagos a electores para que fueran a votar, pero sin identificarse ni siquiera uno en todo el Estado. Ello, se insiste, bastaba para declarar inadmisibile la demanda; pero no, la Sala Electoral prefirió dictar “justicia [cautelar] a la carta”²⁹ como se le habría ordenado.

Por ello, como lo dijo el Secretario General de la Organización de Estados Americanos en carta que le dirigió a quien ejerce la Presidencia de la República en Venezuela en fecha 12 de enero de 2016, la Sala Electoral atendió “aparentemente, tan solo a la urgencia de la necesidad política que la medida cautelar pretende satisfacer,” destacando al referirse a esta sentencia de la Sala Electoral, entre otros aspectos, que era absolutamente improcedente “la aplicación de una medida cautelar invalidando un acto electoral y los efectos jurídicos de la proclamación del Consejo Nacional Electoral,” agregando que:

“Los derechos a salvaguardar son los de los electores, que en este caso son dejados de lado por una grabación anónima, aun cuando ya se había producido su proclamación y reconocimiento por parte del CNE. Considerar que una grabación anónima tenga más fuerza que las conclusiones del llamado antes del 6 de diciembre “el sistema electoral más perfecto del mundo” es intolerable e insostenible jurídicamente.

Pero además la debida investigación de si esa grabación constituye también evidencia de espionaje electoral a la oposición, elemento hoy esencial para también poder juzgar sobre la verdad material del caso y saber con certeza respecto a las acusaciones realizadas, algo que obviamente debe ser el centro de los esfuerzos de todos: conocer la verdad.

Esa verdad requiere algo más que un procedimiento como el realizado, la medida cautelar tomada es resultado de un proceso probatorio extraordinariamente frágil, sin sustanciación.

Así en un par de días se dejaron sin efecto los resultados de proclamación del CNE.”³⁰

Por ello, lo más grave de la insensatez cometida por la Sala Electoral, al admitir la demanda, fue que tanto a la recurrente como a la propia Sala Electoral se les olvidó —o ignoraban de su existencia— que el artículo 49.1 de la Constitución declara “nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso,” lo que significa que ningún proceso en Venezuela puede fundarse sobre pruebas ilícitas, que son aquellas obtenidas en violación de los derechos fundamentales.

En Venezuela, la Constitución protege el derecho de las personas a la “confidencialidad” (art. 6), y garantiza en el artículo 48 “el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas” prohibiendo que puedan ser “interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.”³¹

²⁹ Véase Laura Louza, La -justicia a la carta- de la sala Electoral. *Sobre la suspensión de los diputados del estado Amazonas*, 5 de enero de 2016, en <http://www.accesosaljusticia.org/noticias/detalle.php?notid=13501#.VowQnfnhBdg>

³⁰ Véase en <http://www.oas.org/documents/spa/press/CARTA.A.PRESIDENTE.MADURO.12-01-16.pdf>

³¹ Véase en el mismo sentido, lo indicado por José Ignacio Hernández, -¿Qué dijo la Sala Electoral para -suspender- a los diputados de Amazonas?-, en *Prodavinci*, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-herandez/>

Ello, además, está regulado con detalle en la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones,³² que la sentencia también ignoró, que fue dictada en 1991, precisamente con el objeto de “proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas,” en la cual se tipifica como delito castigado con prisión de tres a cinco años, a quien “arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas” (art 2). La Ley, además, dispone que en dicha pena también incurre, “quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones” (art. 2), e incluso, castiga con prisión de seis a treinta meses, a quien “perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror” (art. 5).

En consecuencia, el sólo hecho de que una persona hubiera acudido ante la Sala Electoral con una demanda basada en una grabación ilegal de una conversación privada entre dos personas, para alegar un “fraude electoral estructural y masivo,” bastaba no solo para declarar la inadmisibilidad de la demanda, sino para requerir el enjuiciamiento de la recurrente ante el Ministerio Público, por pretender fundamentar una demanda en un hecho delictivo. Al no hacerlo y admitir la demanda y aceptar como único medio de prueba de la misma una grabación ilegal, los señores jueces de la Sala Electoral, a su vez, incurrieron en delito al ser cómplices del delito cometido.

La sentencia N° 260, por tanto, está viciada de inconstitucionalidad e ilegalidad, siendo el contenido de la misma en sí mismo un acto delictivo, que ameritaba que quienes la firmaron fueran enjuiciados, aun cuando en dicha sentencia no se hubiera resuelto el fondo de asunto planteado, que fue la declaratoria de nulidad de las elecciones en el Estado Amazonas, sino solo una medida cautelar, pues ésta estaba basada en una prueba ilegal.

En efecto, la sentencia, como acto delictivo, se limitó a considerar y decidir, sin que los jueces recibieran por supuesto los antecedentes administrativos y el informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso que la Sala Electoral solicitó al Consejo Nacional Electoral, sobre la específica solicitud formulada por la recurrente, de que la Sala dictase una medida cautelar consistente en el:

“amparo temporal de los derechos constitucionales previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, violentados por las toldas opositoras, como medio definitivo para establecer la situación jurídica, ya que se está vulnerando de manera flagrante, grosera, directa e inmediata los derechos constitucionales de los electores y electoras del Estado Amazonas, siendo que de esta forma se mantengan en la misma situación fáctica que tenían antes de la violación, hasta tanto sea decidido el presente recurso.”

Por supuesto, para poder considerar la medida cautelar solicitada, la Sala Electoral, como lo expresó en su sentencia, ineludiblemente no solo tuvo que apreciar en el caso “la presunción del derecho reclamado (*fumus boni iuris*),” y que la medida fuera “necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva (*periculum in mora*),” sino “los elementos probatorios que acrediten la existencia de presunción los requisitos anteriores,” es decir, la Sala tuvo que haber valorado la viciada prueba aportada, es decir, la grabación ilegal de una supuesta conversación privada entre dos personas.

Pero lejos de considerar esa circunstancia de ilegalidad, al contrario, la Sala Electoral la valoró totalmente, e incluso, como el único fundamento de lo alegado por la recurrente de considerar, irresponsablemente, que:

“(…) los diputados electos en el circuito electoral del Estado Amazonas carecen de legitimidad, siendo que además no representan la voluntad del pueblo del Estado Amazonas, por lo tanto al asumir los cargos el próximo 05 de enero de 2016 los candidatos elegidos por dicho Estado en la Asamblea Nacional, podría existir el riesgo que los mismos tomen decisiones sin tener la representatividad del pueblo amazonense.”

Esa valoración de la prueba ilegal para acordar la medida preventiva, por otro lado, la hizo la Sala solo atendiendo al argumento de la recurrente de que como la grabación ilegal de la conversación privada había sido divulgada en los medios –lo que en sí mismo era un delito– entonces se trataba de un supuesto “*hecho notorio comunicacional*” respecto del cual, según la sentencia, “*la parte que lo alega está exenta de cumplir con la carga de su demostración.*”

Tan simple y burdo como lo que queda dicho, que no es otra cosa que decir que, si se obtiene una grabación ilegal de una conversación, sin siquiera saberse si la misma es cierta, y no es un montaje, sin

³² Véase en *Gaceta Oficial* N° 34.863 de 16 de diciembre de 1991.

embargo, si se la divulga en los medios de comunicación –cometiéndose un delito–, ello entonces convierte el delito y el contenido de lo supuestamente dicho en un “hecho notorio comunicacional,” que tiene que tomarse, por cierto, sin que nada tenga que probarse. Mayor aberración jurídica es ciertamente imposible de concebir.

Y eso fue lo que resolvió la irresponsable Sala Electoral, apelando a una cuestionable decisión de la Sala Constitucional (sentencia N° 98 del 15 de marzo del 2000),³³ que lejos de avalar lo decidido por la Sala Electoral, impedía adoptar la decisión, pues dicha sentencia en lo que insistió fue que lo que podía dar origen a un “hecho notorio comunicacional” era un “hecho” suceso o acaecimiento publicitado, y no un “testimonio” de una conversación sobre hechos que es lo que contenía la grabación ilegal.

Por ejemplo, de acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional citada, un “hecho público comunicacional” serían los ataques terroristas del 13 de noviembre de 2015 ocurridos en París, que no requerirían de prueba, pues como lo dice la sentencia de la Sala Electoral constan de “grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la *difusión del hecho*, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.” Esos “hechos” son distintos a los “testimonios” que pudieron darse sobre esos hechos, contentivos en declaraciones publicitadas, que nunca podrían ser el tal “hecho notorio comunicacional.”

En los mismos términos, como lo resolvió la propia Sala Electoral en la sentencia N° 145 del 27 de octubre de 2010, ratificada en la N° 58 del 9 de julio de 2013, que se cita en la misma sentencia que comentamos, lo publicitado “*debe tratarse de hechos y no de opiniones o testimonios, de eventos reseñados por los medios como noticia* (...) (destacado del original).”

Sin embargo, en el caso decidido por la Sala Electoral, en la grabación de una conversación privada que supuestamente sería la prueba de un fraude, en realidad no hay ningún “hecho” publicitado –salvo la grabación ilegal en sí misma– que se configure como hecho notorio comunicacional, sino que lo que hay solo sería un “testimonio” de alguna persona sobre hechos. Por ello, si la sentencia hubiese sido dictada para enjuiciar a los responsables del delito de divulgación de conversaciones privadas, el “hecho” de la grabación en cuestión difundida en los medios habría sido prueba suficiente del delito; pero en este caso, no se estaba juzgando el “hecho” de que se divulgó una grabación ilegal, sino un supuesto hecho que era un “fraude” que supuestamente solo constaba de “testimonios” expresados en una conversación.

La propia Sala Electoral confesó en su sentencia que solo apreció:

“la uniformidad en diversos medios impresos y digitales de comunicación social del día 16 de diciembre de 2015, de un *hecho noticioso consistente en la difusión de grabación del audio de una conversación* entre la ciudadana Victoria Franchi Caballero, Secretaria de la Gobernación del estado Amazonas, y persona no identificada (anónima) en la cual se refiere la práctica de compra de votos y pago de prebendas a electores para votar por la denominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudar a desviar la voluntad de las personas que requerían asistencia para el acto de votación.”

Es decir, el hecho noticioso para la Sala Electoral fue solo la difusión de la grabación ilegal, no el contenido de la misma, que no era más que un testimonio, y que por supuesto nunca podría ser un “hecho notorio comunicacional.” Es decir, si la grabación constituía una prueba de algo, solo era de la comisión de un delito, pero no de alguna violación electoral.

Por ello, aplicar la tesis del “hecho notorio comunicacional” para eximir a la recurrente de la carga de probar un hecho tan grave como es un “fraude estructural y masivo” en una elección popular, no sólo violó la garantía del debido proceso,³⁴ sino que fue una aberración jurídica imperdonable, y lo menos que

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, ‘Sobre el llamado ‘hecho comunicacional’ como fundamento de una acusación penal’, en *Temas de Derecho Penal Económico, Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez* (Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas), Fondo Editorial AVDT, Obras colectivas OC N° 2, Caracas 2007, pp. 787-816; y ‘Consideraciones sobre el -hecho comunicacional- como especie del -Hecho Notorio- en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo- en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232.

³⁴ Como lo observó el Secretario General de la OEA Luis Almagro, en su comunicación de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, al referirse a dicha sentencia: -basar en esto la suspensión de los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados del Consejo Nacional Electoral, sin escuchar previamente a dicho Consejo, violó de manera flagrante las garantías del debido proceso,- p. 50. En igual sentido, indicó: -basar en esto la suspensión de los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados del Consejo Nacional Electoral, sin escuchar previamente a dicho Consejo, y los descargos de los diputados electos en cuestión, viola las garantías del debido proceso- p. 53. Véase en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

ameritaría es retrotraer a estos magistrados a que comenzaran a estudiar derecho, que por lo visto nunca hicieron. Y no bastaba para justificar el error de derecho cometido, argumentar que alguien hubiese solicitado el inicio de alguna investigación por el contenido de la grabación, o de que la persona que habría supuestamente dado un testimonio hubiese sido aprehendida. Ello solo demostró el hecho de que se produjo un delito que fue la divulgación de una grabación ilegal, que la Sala Electoral estaba en la obligación de procurar que se sancionara.

La fundamentación de la declaración de procedencia de la medida de amparo cautelar que se había solicitado, por tanto, basada solo en la divulgación de una grabación ilegal, fue contraria a la Constitución, a la ley y a la propia jurisprudencia de la Sala, al igual que fue contrario a derecho lo decidido en la sentencia al ordenar, como se anunció en la página web de la Sala en 30 de diciembre de 2015:

“de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el estado Amazonas para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, hasta que se dicte sentencia definitiva en la presente causa.”

Es asombroso constatar, cómo una Sala del Tribunal Supremo, al suspender los efectos ya cumplidos y por tanto “no suspendibles” de unos actos como los impugnados, y así privar de representación popular a todo un Estado del país en la Asamblea Nacional no hizo el más mínimo esfuerzo por valorar y ponderar en forma alguna los intereses en juego, que eran, por una parte el interés particular de la recurrente, quien no había sido electa, y por el otro, el interés colectivo de toda la población del Estado Amazonas en tener representación en la Asamblea Nacional, lo que de por sí vició la decisión en su motivación que estaba ausente.

Además, en todo caso, la “suspensión” de efectos en este caso, como se dijo, era imposible, pues como bien se ha dicho,³⁵ la suspensión de efectos de determinados actos solo se puede pronunciar cuando los dichos efectos no se han producido o están cumpliéndose. Por ejemplo, en una demanda contencioso administrativa de nulidad contra un permiso de construcción, se puede dictar la suspensión de efectos del acto recurrido siempre que la edificación permitida no hubiese comenzado, o si estuviese en curso la edificación, paralizando en consecuencia la obra. Pero si la obra se terminó y la edificación está completa, no habría nada que suspender. La suspensión de efectos en esos casos es simplemente imposible.

Ello mismo ocurrió en este caso: la elección de los diputados del Estado Amazonas ya se había efectuado hacía un mes, en diciembre de 2015, y todos los actos “de totalización, adjudicación y proclamación” de esa elección se habían efectuado totalmente, habiendo comenzado los proclamados a gozar de la inmunidad que le garantizaba las Constitución (art. 200).³⁶

³⁵ Véase José Ignacio Hernández, -¿Qué puede pasar el #5E, día de la instalación de la Asamblea Nacional?, en *Prodavinci*, 2 de enero de 2016, en [http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+\(Prodavinci\)](http://prodavinci.com/blogs/que-puede-pasar-el-5e-dia-de-la-instalacion-de-la-asamblea-nacional-por-jose-ignacio-hernandez/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+Prodavinci+(Prodavinci)).

³⁶ Como lo resumió con precisión el profesor Alberto Arteaga: -Un tribunal, por más supremo que sea, no puede desconocer la voluntad del pueblo que ha elegido a sus representantes y le ha otorgado, con la proclamación, la investidura parlamentaria, con la coraza de protección de la inmunidad, que lo sustrae, precisamente, de cualquier acción temeraria o aventurada de desconocimiento de su condición y que pueda intentarse desde el Gobierno o por cualquier otro francotirador, destinada a provocar una decisión que, por vía provisional o cautelar, pretende dejar sin efecto la expresión de la voluntad soberana. / Una vez proclamado un diputado, goza de inmunidad, prerrogativa funcional y no personal que no permite que sea coartado en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, no puede ser impedida la formalidad de la juramentación y posterior asunción de todas sus obligaciones y derechos. / A tal punto es trascendente esta inmunidad, que lo coloca a salvo de decisiones del máximo tribunal que, inclusive, en el caso en que el Tribunal Supremo de Justicia declare, en un antejuicio, por la presunta comisión de un delito, que hay mérito para el enjuiciamiento penal de un diputado, no se puede proceder ni llevar a cabo el juicio si la Asamblea no lo autoriza o allana la inmunidad, decisión de naturaleza política en salvaguarda de la representación popular que podría resultar afectada. / Corresponde a la Asamblea y no al Tribunal Supremo de Justicia la calificación de sus miembros y, eventualmente, su separación, pero no puede admitirse que por una maniobra leguleyesca o componenda procesal, mediante una decisión evidentemente sin fundamento, se pretenda afectar el funcionamiento del poder más importante en un Estado de Derecho.- En Alberto Arteaga, -¿Diputados -desproclamados?-, *El Nacional*, 5 de enero de 2016, en http://www.el-nacional.com/opinion/Diputados-desproclamados_0_769123191.html#.VouyuE4c qOI.gmail.

No era jurídicamente posible entonces en ese caso “suspender” los efectos de un acto que ya se cumplieron. La sentencia, por tanto, era simplemente inejecutable.³⁷

Es decir, en resumen, la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 260, tan esperada durante los días de fin y comienzo de año 2015-2016, no fue más que un bodrio inconstitucional, de contenido delictivo, e inejecutable que no podía ser acatada; un signo más de la fase terminal de un régimen que no respeta la soberanía popular.

4. *El rechazo de la oposición a la medida cautelar de suspensión de efectos de la proclamación de los diputados electos y proclamados en el Estado Amazonas*

Contra la decisión cautelar contenida en la sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015, el 13 de enero de 2016, tres de los cuatro diputados afectados por la misma, y, además, un grupo de ciudadanos electores del Estado, formularon oposición solicitando su revocatoria. Igualmente lo hicieron, el 18 de enero de 2016, los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en tal carácter y en representación de la Asamblea Nacional, solicitando “la intervención en este proceso de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y de la misma Asamblea Nacional, por nosotros representada.”

Dichas oposiciones fueron resueltas por la Sala Electoral mediante sentencia N° 126 del 11 de agosto de 2016,³⁸ declarándola sin lugar, para lo cual lo primero que hizo la Sala fue negarle a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional la posibilidad misma de poder alegar y argumentar en el proceso de amparo, a pesar de sentar el principio de que

“en el procedimiento contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos quienes detenten un interés jurídico (legítimo o simple) y pretendan coadyuvar a vencer en el proceso a alguna de las partes, sin sustituirse –en principio, en la condición de ésta–. No obstante, la situación jurídica del tercero respecto al caso concreto puede conllevar a calificarlo como “tercero verdadera parte”.

A pesar de ello, la Sala Electoral, luego de admitir en el proceso “como tercero verdadera parte” a los diputados opositores afectados, y como “terceros adhesivos” a los ciudadanos electores que suscribieron la oposición, le negó en efecto a los diputados miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, y a la propia Asamblea representada por los mismos, la posibilidad de participación en el proceso.

Para justificar su condición de terceros intervinientes en el proceso, los diputados miembros de la Junta Directiva de la Asamblea y a la Asamblea misma, habían invocado el artículo 27.1 del Reglamento Interior y Debates que atribuye al Presidente de la Asamblea Nacional el ejercicio de la representación de la misma. La Sala no consideró dicha representación suficiente, argumentando que “se encuentra vinculada con la dirección de la actividad parlamentaria que comprende la organización y ejecución de las sesiones o debates para tratar los asuntos objeto de conocimiento, discusión y aprobación del Pleno de la Asamblea Nacional,” y no para la intervención en el proceso contencioso electoral.

La Sala estimó que la representación debía “resultar del acuerdo previo de los diputados miembros de la Asamblea Nacional, a los fines de hacer valer en juicio el interés legítimo sobre la validez del proceso electoral impugnado,” concluyendo que “la representación en juicio de la República, por órgano de la Asamblea Nacional, no puede subsumirse en el artículo 27.1 del Reglamento Interior y de Debates,” razón por la cual no admitió la oposición formulada el 18 de enero de 2016 los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

La Asamblea Nacional, en efecto, es un órgano del Poder Público, y los miembros de su Directiva son sus titulares, y tratándose de una medida cautelar de amparo, y por tanto, un procedimiento regido por los principios de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no hay duda que dicho órgano y los miembros de su Junta Directiva por supuesto que pueden tener el carácter de terceros interesados en un proceso en el cual se cuestionaba precisamente el carácter de miembro de la Asamblea de unos diputados. La decisión de la Sala Electoral, por tanto, violó el derecho de dicho órgano y de sus representantes, e participar y alegar en un proceso en el cual indudablemente tenía interés, vulnerándose así el derecho al debido proceso de los intervinientes.

³⁷ En igual sentido, véase José Ignacio Hernández, -¿Qué dijo la Sala Electoral para -suspender- a los diputados de Amazonas?-, en *Prodavinci*, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-hernandez/>.

³⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/agosto/190168-126-11816-2016-2016-X-000003>. HTML

Ahora bien, entre los alegatos formulados en la oposición a la medida cautelar, los oponentes argumentaron que lo decidido implicaba suspender a “inmunidad parlamentaria” que los intervinientes alegaron tenían desde que fueron proclamados por el Órgano Electoral, argumentando que la misma “solo podría ser objeto de suspensión por decisión de la propia Asamblea Nacional” no pudiendo ser “suspendida” por una decisión judicial.

Frente a ello, sin embargo, la Sala argumentó que lo que se había impugnado era “el proceso electoral de las elecciones parlamentarias celebradas el 6 de diciembre de 2015, en el circuito electoral del Estado Amazonas para el periodo constitucional 2016-2021,” considerando entonces que todos los actos “que integran las fases del proceso electoral subsiguientes al acto de votación” eran susceptibles de control por la jurisdicción contencioso electoral ejercida por la Sala, y por tanto, también todos ellos podían ser “objeto de suspensión cautelar.”

Sobre el cuestionamiento formulado sobre la improcedente “suspensión” de la inmunidad parlamentaria, la Sala se limitó a considerar que ello no constituía el objeto de la decisión cautelar que ordenó la inejecución temporal del acto de proclamación, argumentando simplemente que no era competencia de la “Sala Electoral determinar el alcance o interpretación del artículo 200 de la Constitución,” y determinar “en consecuencia, si los oponentes gozan o no del mencionado privilegio.” La Sala, sin embargo, al desestimar el alegato sin mayor argumentación, se pronunció sobre el tema solo citando la sentencia N° 612 de la Sala Constitucional del 15 de julio de 2016, en la cual supuestamente el Tribunal Supremo se había pronunciado “sobre los límites de la inmunidad parlamentaria” solo citando un párrafo de la sentencia N° 7 del 5 de abril de 2011 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual a su vez, se citó otro párrafo de la sentencia N° 59 de 26 de octubre de 2010 (publicada el 9 de noviembre de 2010) de la misma Sala Plena en la cual se indicó que:

“hay prerrogativa en tanto se ejerza la función” y “cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal”, porque lo que priva es una concepción de la inmunidad como garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Nacional.”

De las sentencias citadas, en efecto se puede “deducir” el argumento formulado en su momento por la Sala Plena respecto de los diputados electos en diciembre de 2010, en el sentido de que el día en el cual los mismos comenzaron “a gozar de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria es el día 5 de enero de 2011, o el más inmediato posible” (artículo 219, Constitución), a lo que agregó lo expresado en otra sentencia también citada por la Sala Electoral, No 58 de la misma Sala Plena de 9 de noviembre de 2010, referida a la inmunidad que protege a los parlamentarios “en el ejercicio de su función parlamentaria” y con ocasión del “ejercicio de sus funciones.” Solo con estas referencias a referencias de sentencias citadas, la Sala Plena, sin motivación alguna en el texto, simplemente desestimó el alegato de oposición formulado sobre el tema de la violación de la inmunidad de los diputados una vez proclamados.

Otro alegato de oposición que se formuló fue el de “la inejecutabilidad e improcedencia” de la medida cautelar decretada, considerando los intervinientes, con razón, que la misma carecía “de eficacia y ejecución, en virtud que los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación [...] *ya habían sido ejecutados y agotados* en su totalidad,” considerando además que el acto de proclamación había sido “de cumplimiento instantáneo.” Sobre ello, la Sala Electoral, lejos de considerar que el acto de proclamación es un acto de cumplimiento instantáneo que produce efectos de inmediato, los cuales se agotan con su emisión, citando unas sentencias anteriores N° 3 del 29 de enero de 2007 y N° 24 del 16 de febrero de 2012, indicó al contrario que:

“la ejecución del acto de proclamación de los candidatos electos (hoy oponentes) no se consumó de forma automática o inmediata, sino que estaba condicionada al cumplimiento de actos posteriores a su emisión, tales como la juramentación y la posesión efectiva del cargo, los cuales no se habían producido en la oportunidad de dictarse la sentencia N° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 que ordenó la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación.”

Por ello, ratificó que la decisión cautelar que había dictado “ordenó suspender los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación dictados en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015” con lo cual se había originado “la inejecución temporal de las consecuencias jurídicas y materiales que de ellos se derivan,” notificándose a la Asamblea Nacional “a los fines de abstenerse de realizar actos que impliquen la eficacia o ejecución de los mencionados actos.”

Por último, sobre el argumento formulados por los oponentes de que el único alegato que sustentó la demanda principal de nulidad de las votaciones de Diputados en el Estado Amazonas con la cual se formuló la petición de amparo cautelar, había sido un fraude electoral basado en la mencionada “grabación ilegal,”

que no podía constituir prueba lícita alguna a los fines de evidenciar la apariencia o indicio grave de violación de derechos constitucionales ni configurar presunción alguna de buen derecho para otorgar la medida cautelar. Frente a ello, sin embargo, la Sala solo se limitó a señalar que la exigencia procesal del *fumus boni iuris* “no implica pronunciamiento adelantado sobre el fondo del asunto objeto del recurso principal, pues luego de la sustanciación del proceso el juez decidirá conforme a los hechos alegados por las partes y con vista a las pruebas del expediente.”

La Sala solo dijo, que la solicitud cautelar se había fundamentado en “la presunción de buen derecho” que supuestamente derivaba de la violación de la “libertad del elector en la expresión de sus preferencias políticas y la veracidad o fidelidad del escrutinio, ello a cambio de beneficios económicos por un voto a favor de los candidatos de oposición;” todo lo cual, a juicio de la Sala solo fue apreciado “preliminarmente con base en la constatación de un hecho noticioso señalado por la recurrente y conocido de forma notoria por esta Sala, en virtud de su difusión pública y uniforme en medios de comunicación.”

Y nada más, de manera que fue con base en ello solo, que la Sala había ordenado “suspender la ejecución provisional de los actos de totalización, adjudicación y proclamación de los candidatos electos a los fines de la protección cautelar de los derechos fundamentales de naturaleza política de los electores del Estado Amazonas;” declarando al final, sin lugar la oposición a la dicha medida cautelar.

II. LA SALA ELECTORAL VS. LA VOLUNTAD POPULAR: LA PROHIBICIÓN DEL FUNCIONAMIENTO Y ACTUACIÓN DEL PARLAMENTO POR ORDEN JUDICIAL DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, contenida en la sentencia N° 260 del 30 de la diciembre de 2015 (Caso: *Nicia Marina Maldonado Maldonado vs. Elecciones Estado Amazonas*),³⁹ suspendiendo la proclamación efectuada por el Consejo Nacional Electoral de la elección de los diputados electos 6 de diciembre de 2015 en el Estado Amazonas, fue un evidente desconocimiento de la voluntad popular expresada en dicho Estado Amazonas, privándolo de representación en la Asamblea. Lo resuelto, además, fue un evidente error judicial, inexcusable, pues a pesar de que se pretenda lo contrario, jurídicamente no es posible suspender los efectos de actos ya cumplidos, razón por la cual la decisión podía considerarse como inejecutable,⁴⁰ pues no podía ser cumplida, y no era susceptible de ser acatada por nadie.

El error de la sentencia de la Sala Electoral, además, se agravó, porque la misma desconoció que conforme a la Constitución solo la propia Asamblea Nacional tiene la potestad privativa de calificar a sus integrantes (art. 187.20), y que los diputados desde su proclamación gozan de inmunidad parlamentaria (art. 200), pudiendo solo perder su investidura mediante revocación popular de su mandato (arts. 72, 198).

La sentencia, dictada por una de las Salas del Tribunal Supremo, en todo caso, abrió las puertas para el inicio de un conflicto institucional que afectó el funcionamiento de la nueva Asamblea Nacional. Esta, en efecto, se instaló el día 5 de enero de 2016, con la juramentación de 163 de los 167 diputados electos, sin que participaran en dicha instalación los diputados electos por el Estado Amazonas. Por ello, ante una denuncia de desacato de la sentencia 260 de 30 de diciembre de 2015, la Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016,⁴¹ expresó que dicho acto de instalación de la Asamblea se había verificado “en acatamiento de la sentencia número 260 del 30 de diciembre de 2015 dictada por esta Sala Electoral.”

Ahora bien, una vez instalada la Asamblea Nacional como representación de la soberanía popular, su directiva, integrada por los diputados Henry Ramos Allup, Enrique Márquez y José Simón Calzadilla, procedieron al día siguiente, 6 de enero de 2016, a juramentar como Diputados a los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana quienes habían sido electos en el Estado Amazonas, en virtud de que los mismos habían sido debidamente proclamados por las autoridades electorales, hecho que se consideró no constituía desacato a lo resuelto por el Tribunal Supremo. Como lo expresó el diputado Henry Ramos Allup, Presidente de la Asamblea Nacional, según se reseñó sobre ello en la sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016:

³⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000 146.HTML>.

⁴⁰ En igual sentido, véase José Ignacio Hernández, “¿Qué dijo la Sala Electoral para -suspender- a los diputados de Amazonas?,- en *Prodavinci*, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com /blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-hernandez/>

⁴¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016-000 001. HTML>.

“No se puede considerar en desacato a quienes califican a sus propios miembros. Para ejercer nuestros derechos constitucionales no pasamos por el tamiz de ningún otro poder. Los dos únicos órganos elegidos por sufragio son el presidente y la Asamblea Nacional.”⁴²

Por su parte, el diputado Enrique Márquez, Primer Vicepresidente de la Asamblea Nacional, igualmente declaró:

“No la podemos acatar, estaríamos entrando en desacato de la voluntad popular y la Constitución, algo que no vamos a hacer. Una vez proclamados nadie puede detener su juramentación.”⁴³

Sin embargo, esa no fue la apreciación de la candidata a diputado que no había resultado electa el 6 de diciembre de 2016 y quién había impugnado la elección de los diputados en el Estado Amazonas ante la Sala Electoral de Tribunal Supremo y quien acudió además para peticionar –a lo que se unieron unos diputados a la Asamblea Nacional miembros del partido de gobierno que actuaron como coadyuvantes interesados–, que la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2016 fuera “acatada,” solicitándole a la Sala que se pronunciase “en forma inmediata sobre la inconstitucionalidad de la juramentación irrita efectuada en el hemicycle legislativo el día 6 de enero de 2016.”

Por su parte los terceros interesados fueron más allá en sus peticiones, alegando ante la Sala Electoral, que la Junta Directiva de la Asamblea Nacional al no haber “acatado la antes referida decisión de la Sala Electoral,” había violado:

“los principios de jurisdicción, división de los Poderes Públicos y supremacía constitucional, previstos en los artículos 253, 136, 138, 139 y 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual, por tratarse de un evidente abuso y desviación de poder, expresado a través de una pretendida usurpación de poder, determina la nulidad absoluta de tal actuación antijurídica y, por ende, su ineficacia plena, así como la nulidad de las actuaciones subsiguientes en las que intervengan los juramentados al margen del derecho.”

Adicionalmente, los terceros intervinientes alegaron que los actos de la Asamblea Nacional, luego de la incorporación “de los diputados cuya proclamación fue suspendida, resultan nulos e ineficaces, y desde luego afectan el funcionamiento adecuado, normal y pacífico de la Asamblea Nacional, de la cual formamos parte,” concluyendo con la petición que formularon ante la Sala Electoral, que se pronunciase “sobre la inconstitucionalidad e ilegitimidad” de la juramentación de los diputados por el Estado Amazonas ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, considerando “que la misma carece de todo efecto jurídico y nula e ineficaz, y por ello debe ser considerada inexistente.”

De todo ello, concluyeron los peticionantes, todos diputados miembros del partido de gobierno, solicitando, entre otras cosas, que:

“2. Declare la nulidad, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad de la juramentación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Ygarza y Romel Guzamana, efectuada el día 6 de enero de 2016, por la junta directiva de la Asamblea Nacional.

3. Ordene a la junta directiva de la Asamblea Nacional que se abstenga de considerar válida la participación como integrantes del Órgano Legislativo Nacional, de los prenombrados ciudadanos, cuyo acto de proclamación fue suspendido por virtud de la sentencia n° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dado que los mismo no ostenta la cualidad de diputados proclamados (...)

4. Declare la nulidad de cualquier decisión tomada por la Asamblea Nacional.

5. Ordene a los órganos administrativos de la Asamblea Nacional se abstenga de incorporar a la nómina de pago a los ciudadanos incluidos en el amparo, so pena de incurrir en el desacato correspondiente. Tanto en el ámbito legislativo como de control político que se apruebe en el parlamento nacional mientras dichos ciudadanos no sean desincorporados.

6. Los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Ygarza y Romel Guzamana no cumplen con los extremos legales para ostentar a la condición de parlamentarios por lo tanto no gozan de la ‘Inmunidad Parlamentaria’ en ese sentido su presentación ante el parlamento para juramentarse constituye flagrantemente el desacato a la sentencia N° 260 de fecha 30 de diciembre de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (...).

⁴² Según nota de prensa publicada en el portal web del diario *El Nacional*, 7 de enero de 2016, en http://www.el-nacional.com/politica/Ramos-Allup-Asamblea-Nacional-tamiz_0_770923076.html

⁴³ Según nota en *Globovisión*, 8 de enero de 2016, en <http://globovisión.com/article/marquez-decision-del-tsj-sobre-diputados-de-amazonas-es-inacatable>.

7. Que se ordene al Ejecutivo Nacional, la prohibición de publicar en *Gaceta Oficial* cualquier acto tanto legislativo como de control político que apruebe la Asamblea nacional mientras estos ciudadanos estén incorporados como diputados (*sic*) (destacado del original).”

En criterio de la Sala Electoral, las solicitudes tenían por objeto que la misma conociera de un desacato de su sentencia N° 260 el 30 de diciembre de 2015, considerando, para decidir, todos los hechos denunciados como “hechos notorios comunicacionales” los cuales en criterio de la Sala no requerían de actividad probatoria alguna, y que evidenciaban a juicio de la Sala, que había habido un:

“incumplimiento del mandato constitucional cautelar ordenado en la sentencia número 260 del 30 de diciembre de 2015, referido a la juramentación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana en los cargos de diputados a la Asamblea Nacional por el estado Amazonas los dos primeros, y por la Región Sur el último de los nombrados.”

Esta sola “motivación” de la sentencia, por supuesto, la hacía nula de nulidad absoluta, pues en la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2016, en ninguna página, párrafo o frase hay pronunciamiento alguno en relación con la “juramentación” de los mencionados diputados. Nada se dice en la sentencia sobre ello, no hay mandato constitucional alguno que haya ordenado nada referido a la juramentación de los mencionados diputados. Es más, en la sentencia ni siquiera se usa en ninguna línea, párrafo o página las palabras “*juramentación*” o “*juramento*.”

La sentencia, por ello, por motivación falsa, estaba viciada de nulidad absoluta.

Con base en esa falsa motivación, sin embargo, la Sala en la sentencia N° 1 pasó a argumentar que la Asamblea Nacional debía “acatar las disposiciones y decisiones que el resto de los poderes del Estado dicten o sancionen en función de sus propias atribuciones constitucionales y legales,” pues en caso contrario, “surgiría el riesgo de la ‘*anomia*’ constitucional y la inestabilidad para el Estado y su gobierno;” y considerando que existían “suficientes elementos de convicción para decidir la solicitud de desacato como si se tratara de un asunto de mero derecho,” constató que “la Junta Directiva de la Asamblea Nacional integrada por los Diputados Henry Ramos Allup, Enrique Márquez y José Simón Calzadilla, *al proceder con la juramentación* como Diputados de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, incurrió en desacato de la sentencia número 260, del 30 de diciembre de 2015;” y que igualmente “los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, con su *participación en el acto de juramentación*, igualmente incurrieron en desacato de la mencionada sentencia” concluyendo con la ratificación de lo que había decidido en la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015, “a los fines de su inmediato cumplimiento.”

De todo lo anterior, la Sala Electoral concluyó su razonamiento expresando que:

“*con la referida juramentación* como diputados del órgano legislativo nacional, los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana incurren en el supuesto establecido en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al usurpar el ejercicio del referido cargo legislativo en desacato de la sentencia número 260 citada, norma constitucional que preceptúa que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos, se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto resultan inexistentes aquellas decisiones dictadas por la Asamblea Nacional a partir de la incorporación de los mencionados ciudadanos. Así se decide.”

O sea de un solo plumazo la Sala Electoral echó por el suelo todos los principios más elementales sobre el concepto de *usurpación de autoridad* como vicio de los actos estatales establecidos en Venezuela desde tiempos del inicio de la República, y que preceptúan, como lo recordó la Sala Política Administrativa del mismo Tribunal Supremo, unos meses atrás, en sentencia N° 494 de 6 de mayo de 2015 (Caso: *Wiliem Asskoul Saab vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia*) que “la usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública.”⁴⁴

De acuerdo con ello, y esto es elemental, usurpación de autoridad en este caso solo hubiera podido ocurrir si la Junta Directiva de la Asamblea hubiese juramentado como diputado a una persona que no hubiese sido electa o que no hubiese siquiera participado en el proceso electoral, es decir, sin investidura alguna. Ese hubiese sido el único caso de alguien juramentado que careciese en absoluto de investidura; pero ese vicio nunca podría darse respecto de diputados efectivamente electos, y proclamados por las autoridades electorales competentes, y que constitucionalmente desde ese momento gozaban de inmunidad.

⁴⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 162 ss.

Partiendo entonces del falso supuesto de que en la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015 se hubiese resuelto algo sobre la “juramentación” de los diputados electos por el Estado Amazonas, y del nuevo error en que incurrió la Sala al pretender calificar su juramentación como un acto viciado de “usurpación de autoridad,” la Sala concluyó declarando que “los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana efectivamente *incurrieron en desacato* de la medida cautelar de amparo decretada por esta Sala, y subvirtieron la autoridad y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia,” ordenando entonces “a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, *la desincorporación inmediata*” de los mismos, ordenando incluso la forma de proceder por la Asamblea para ello, indicando que “deberá verificarse y dejar constancia de ello en Sesión Ordinaria de dicho órgano legislativo nacional.” Y finalmente, la Sala Electoral, nada menos que declaró:

“*nulos absolutamente* los actos de la Asamblea Nacional que se hayan *dictado o se dictaren*, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015 y del presente fallo.”

En definitiva, como lo observó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos Luis Almagro, en carta enviada el 12 de enero de 2016 a quien ejerce la Presidencia de la República, Nicolás Maduro:

“Los resultados de las elecciones legislativas en el Estado de Amazonas fueron cuestionados a través de un recurso contencioso electoral presentado por el PSUV ante la Sala Electoral del TSJ que ordenó la suspensión de los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del CNE.

Esta determinación contradice la voluntad de la ciudadanía manifestada en la elección del pasado 6 de diciembre y anula la proclamación ya realizada por el CNE.

La Asamblea Nacional, un día después de instalada, decidió juramentar a los tres diputados del Estado de Amazonas.

A raíz de este acto, ayer 11 de enero el TSJ declaró en desacato a la junta directiva de la Asamblea Nacional y ordenó la inmediata separación de los tres diputados.

Extralimitándose en sus funciones, declaró que los actos de esta Asamblea Nacional serán nulos mientras estén en funciones los tres diputados de Amazonas.”⁴⁵

Mayor conflicto entre los poderes públicos en Venezuela era difícil de imaginar, pues con la sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, con falsa motivación y errada en derecho, sin embargo, simplemente se buscó paralizar al órgano legislativo.

No hay otra forma de entender esta sentencia, por supuesto, que no sea entendiendo que en Venezuela no existía un sistema de gobierno basado en el principio de la separación de poderes, que ante todo exige que el órgano judicial sea realmente independiente y autónomo.

En contraste con estos hechos, al mismo tiempo de emisión de la sentencia N° 1 del 11 de enero de 2016, el día 13 de enero de 2016, aparecía publicado en la edición del *The Wall Street Journal*, una nota reseñando el discurso anual del Presidente Barack Obama sobre *The State of the Union* que había pronunciado el día anterior, en la cual se destacaba el hecho de que en el podio en el Congreso estaba el Presidente Obama, de pie, y el senador Paul Ryan, sentado, todo lo cual —decía el reportaje— estaba “diseñado para mostrar que las ramas del gobierno de los Estados Unidos funcionan juntas incluso cuando las mismas están controladas por diferentes partidos políticos.”⁴⁶

Y ello es así, como sucede en todos los sistemas democráticos montados sobre el principio de la separación de poderes, donde el gobierno funciona aun cuando las ramas legislativa y ejecutiva estén controladas por partidos diferentes, pero con un elemento adicional que no se mencionó en la reseña periodística —porque en los Estados Unidos ello está sobreentendido—, que es que fundamentalmente existe otra rama del poder público, que es el poder judicial, que necesariamente es autónomo e independiente, y está fuera del control de los partidos políticos.

Si el poder judicial no fuera la balanza entre los dos primeros, y estuviera controlado por alguna de las dos ramas, ningún gobierno podría funcionar adecuadamente como una democracia. Es decir, como el

⁴⁵ Véase en <http://www.oas.org/documents/spa/press/CARTA.A.PRESI-DENTE.MADURO.12-01-16.pdf>

⁴⁶ Véase Siobhan Hughes, “Obama, Ryan Size Each Other Up,” al expresar que la ubicación estaba —designated to show that the branches of the U.S. government function together even when they are controlled by different political parties,— en *The Wall Street Journal*, January, January 13, 2016, p. A4.

mismo día se destacó en el editorial de la edición del *The New York Times*, titulado “*Poland Deviates From Democracy*,” lo contrario era lo que estaba ocurriendo en Polonia, donde el primer ministro se había “movido rápidamente en su agenda conservadora, incluyendo llenar la alta corte de jueces maleables e imponiendo mayor control del gobierno sobre los medios de comunicación gubernamentales.”⁴⁷

Es decir, en cualquier país, el funcionamiento de un sistema democrático depende de la existencia de autonomía e independencia de la Corte Suprema. Los Poderes Legislativo y Ejecutivo pueden estar controlados por los partidos políticos, y ello es lo que normalmente ocurre en una democracia; pero el poder judicial no puede estar controlado por los partidos, y menos por alguno de los que controlan a los dos otros poderes, porque de lo contrario, simplemente no existiría un sistema democrático. Y esa era precisamente la situación que existía en Venezuela después de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2016 que les había dado la mayoría parlamentaria a los partidos de oposición, con las decisiones adoptadas por la Asamblea Nacional saliente, llenando las Salas del Tribunal Supremo con miembros del partido que controla el Poder Ejecutivo. Pasando en esa forma a que el Tribunal Supremo estuviese totalmente controlado por el Poder Ejecutivo y por el partido de gobierno.

Una Corte o Tribunal Supremo en el mundo contemporáneo, como ya lo advirtió Alexis de Tocqueville desde el inicio del constitucionalismo moderno hace casi dos siglos, refiriéndose precisamente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, no sólo es depositaria de “un inmenso poder político”⁴⁸ sino que es “el más importante poder político de los Estados Unidos,”⁴⁹ al punto de considerar que “no había cuestión política en los Estados Unidos que tarde o temprano no se convirtiera en una cuestión judicial.”⁵⁰ Por ello, para de Tocqueville, en los poderes de la Corte Suprema “continuamente descansa la paz, la prosperidad y la propia existencia de la Unión,” agregando que sin los jueces autónomos e independientes de la Corte Suprema:

“la Constitución sería letra muerta; es ante ellos que apela el Ejecutivo cuando resiste las invasiones del órgano legislativo; el legislador para defenderse contra los actos del Ejecutivo; la Unión para hacer que los Estados le obedezcan; los Estados para rechazar las exageradas pretensiones de la Unión; el interés público contra el interés privado; el espíritu de conservación contra la inestabilidad democrática.”⁵¹

En consecuencia, todo el mecanismo de balance y contrapesos del sistema de separación de poderes, que por lo demás tuvo su primera aplicación constitucional práctica en los Estados Unidos, puede decirse que descansa en la Corte Suprema y en el poder de los jueces para poder ejercer el control de constitucionalidad de la legislación; lo que, por supuesto se puede decir, de todas las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales.

Por esos poderes, por tanto, para que funcione un sistema de separación de poderes, y consecuentemente un régimen democrático, incluso cuando los poderes legislativo y ejecutivo estén controlados por partidos diferentes, la elección de los jueces que deben integrar esos altos tribunales es vital para el funcionamiento del sistema democrático, pues por esencia se trata de órganos que en sí mismos no están sujetos a control alguno, de manera que cualquier distorsión o abuso por parte de los mismos queda exento de revisión; como ha sido precisamente el caso de la sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal supremo venezolano.

De allí que George Jellinek dijo con razón que la única garantía respecto de los tribunales supremos o cortes constitucionales como guardianes de la Constitución, en definitiva, descansa en la “conciencia moral,”⁵² y Alexis de Tocqueville, más precisamente, en su observación sobre el sistema constitucional norteamericano dijo, que:

⁴⁷ Véase el Editorial -Poland Deviates From Democracy,- donde se indica que el primer ministro de Polonia -has moved rapidly on its conservative agenda, including packing the highest court with maleable judges and imposing greater government control over the state owned media,- en *The New York Times*, 13 January 2016, p. A20.

⁴⁸ Véase Alexis De Tocqueville, *Democracy in America* (Ed. by J.P. Mayer and M. Lerner), The Fontana Library, London, 1968, p. 122, 124.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁵¹ *Ibid.*, p. 185.

⁵² Véase George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Holder, Vienna 1885, citado por Francisco Fernández Segado, -Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la

“los jueces federales no sólo deben ser buenos ciudadanos y hombres con la información e integridad indispensable en todo magistrado, sino que deben ser hombres de Estado, sabios para distinguir los signos de los tiempos, que no tengan miedo para sobrepasar con coraje los obstáculos que puedan, y que sepan separarse de la corriente cuando amenace con doblegarlos.

El Presidente, quien ejerce poderes limitados, puede errar sin causar graves daños al Estado. El Congreso puede decidir en forma inapropiada sin destruir la unión, porque el cuerpo electoral en el cual el Congreso se origina, puede obligarlo a retractarse en sus decisiones cambiando sus miembros. Pero si la Corte Suprema en algún momento está integrada por hombres imprudentes o malos, la Unión puede ser sumida en la anarquía o la guerra civil.”⁵³

En el mismo sentido, Alexander Hamilton, en la discusión sobre el texto de la Constitución norteamericana antes de su sanción, luego de advertir sobre “la autoridad de la propuesta Corte Suprema de los Estados Unidos,” y particularmente de sus:

“poderes para interpretar las leyes conforme al espíritu de la Constitución, lo que habilita a la Corte a moldearlas en cualquier forma que pueda considerar apropiada, especialmente porque sus decisiones no serán en forma alguna sometidas a revisión o corrección por parte del órgano legislativo,”

concluyó afirmando que:

“Las legislaturas de varios Estados, pueden en cualquier momento rectificar mediante ley las objetables decisiones de sus respectivas cortes. Pero los errores y usurpaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos serán incontrolables e irremediables.”⁵⁴

Esto es lo que hay que tener en mente cuando a las Cortes Supremas se las llega a integrar con personas inmorales, imprudentes o malas, o con miembros de partidos políticos, que pasan a estar controladas por alguno de los que controla a alguno de los otros poderes del Estado, pasando a convertirse incluso, a veces, en legisladores o peor aún, en constituyentes, sin estar sujetos a responsabilidad alguna, trastocándose, en la penumbra de los límites entre interpretación y jurisdicción normativa, “de guardianes de la Constitución en soberanos,”⁵⁵ usurpando la propia voluntad popular.

En definitiva, como lo expresó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos en carta del 12 de enero de 2016, dirigida a quien ejerce la presidencia de la República

“Los jueces y el poder judicial deben ser libres y actuar sin influencias o control de los poderes ejecutivo y/o legislativo.

Cuando se eligen integrantes de la judicatura que arrastran en sus espaldas militancia política, incluso participación política en cargos electivos, se vulnera la esencia del funcionamiento de separación de poderes y nos lleva a presuponer que las decisiones que se toman tienen no solamente un contenido jurídico sino político.”⁵⁶

Agregó el Secretario General de la OEA, que todo ello , y especialmente, “la utilización del poder público para silenciar y acosar a la oposición, la violación de los frenos y contrapesos propios de la separación e independencia de los poderes, el nombramiento oportunista de miembros del poder judicial, la injerencia en distintos poderes del Estado,” constituye lo que la doctrina conoce como *erosión de la democracia*, que contraviene no solo los pilares fundamentales de la Organización de Estados Americanos, sino los “principios establecidos claramente en su tratado fundacional y en la Carta Democrática Interamericana.”⁵⁷

relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,- en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

⁵³ Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, ch. 8, -The Federal Constitution,- traduc. Henry Reeve, revisada y corregida, 1899, http://xroads.virginia.edu/HYPER/DETOC/1_ch08.htm Véase también, Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley, Lima 2009, pp. 46-48.

⁵⁴ Véase Alexander Hamilton, N° 81 de *The Federalist*, -The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority-; Clinton Rossiter (Ed.), *The Federalist Papers*, Penguin Books, New York 2003, pp. 480.

⁵⁵ Véase Francisco Fernández Segado, -Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,- *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

⁵⁶ Véase en <http://www.oas.org/documents/spa/press/CARTA.A.PRESIDENTE.MADURO.12-01-16.pdf>.

⁵⁷ *Idem*.

Y no otra cosa fue lo que ocurrió con la integración de la Sala Electoral del Tribunal Supremo por la Asamblea Nacional saliente y feneciente en diciembre de 2015, con magistrados todos integrantes del partido de gobierno. Como lo observó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro en la carta enviada a Nicolás Maduro el 12 de enero de 2016:

“Lamentablemente su Gobierno decidió integrar las instituciones en función de la política partidaria, para el CNE, para el TSJ y para cada organismo de control. Esto nos hace presuponer que las decisiones que se tomen tienen no solamente un contenido jurídico sino además otro de carácter político. La trayectoria política de los funcionarios es incompatible con la imparcialidad y objetividad para juzgar que requiere el ejercicio de la justicia. El Estado de Derecho pierde credibilidad con un sistema judicial percibido como parcial.

Cuando un poder, se confiere a sí mismo condiciones para controlar, incidir, decidir, anular o manipular las competencias o facultades del Estado, la situación más allá de ser preocupante, pone en riesgo el equilibrio de los poderes del Estado.”⁵⁸

En consecuencia, al controlar la oposición la nueva Asamblea Nacional, no había sino que esperar para constatar cómo los magistrados sumisos y maleables al servicio del Ejecutivo y del partido de gobierno, nombrados en sesiones extraordinarias en diciembre de 2015, comenzarían a decidir conforme a las peticiones del partido de gobierno, como ocurrió con la sentencia N° 1 de la Sala Electoral, mediante la cual con motivación falsa y errada, el Tribunal Supremo irrumpió contra la voluntad popular, desconociéndola; privó a un Estado de la República de representación en la Asamblea Nacional; la paralizó totalmente al declarar nulos todos sus actos pasados y futuros que pudieran haber sido o fueran dictados con los diputados cuestionados; obligando a la Asamblea a “desincorporar” a los diputados que habían sido juramentados, dejando sin efecto la juramentación por un supuesto desacato de la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2016, cuando en la misma no aparece siquiera la palabra “juramentación,” ni orden alguna respecto a alguna “juramentación,” razón por la cual ninguna “juramentación” podía considerarse que podría desacatar la sentencia. En fin, como lo observó acertadamente el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, “La Sala Electoral en su aplicación jurídica hizo retroceder dramáticamente el derecho al siglo XIX.”⁵⁹

En esta forma, a pesar de que la Sala Electoral, como parte que es del Tribunal Supremo, en el orden interno no tiene quien la controle, al menos se evidenció que si hay un instrumento en el ámbito internacional americano que establece las bases para controlar sus actuaciones, que es la Carta Democrática Interamericana de 2001, como lo expresó quien tiene a su cargo velar porque la misma se respete, que es el Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

Y efectivamente, éste, en la referida extraordinaria carta de fecha 12 de enero de 2016 dirigida al Presidente de la República, Nicolás Maduro, le expresó todo lo que solo un Secretario General de dicha Organización Internacional le podía decir cumpliendo con la obligación que le impone dicha Carta Democrática Interamericana, particularmente cuando “se producen situaciones que pueden afectar el normal desarrollo del proceso político institucional democrático,” y en particular, con la obligación de “velar por el buen cumplimiento” de lo dispuesto en los artículos 2 a 7 de dicha Carta.

A tal efecto, el Sr. Almagro le indicó al Jefe de Estado venezolano entre muchas consideraciones, las siguientes:

“Todo aquello que signifique impedir a un solo diputado a asumir su banca es un *golpe directo a la voluntad del pueblo*. Es un concepto esencial de democracia que el único soberano legítimo es el pueblo y, por lo tanto, interpretar y/o distorsionar lo que este ha expresado en las urnas, afecta directamente la voluntad popular [...]

La democracia, entre otras cosas, es un ejercicio de traspaso de poder de determinados dirigentes políticos a otros, por lo cual aceptar y respetar los resultados de elecciones libres, transparentes y justas es fundamental.

La acción de alterar la representación política luego de un pronunciamiento tan claro del cuerpo electoral se constituye en un atentado, cuando las garantías de justicia parecen esfumarse. [...]

⁵⁸ Véase en <http://www.oas.org/documents/spa/press/CARTA.A.PRESIDENTE.MADURO.12-01-16.pdf>

⁵⁹ *Idem*

La Sala se apartó del objeto último del Derecho electoral: preservar la voluntad de los electores. Esa voluntad pretende así ser vulnerada cuando la Sala Electoral intenta desconocer los efectos jurídicos ya consumados de la proclamación.”⁶⁰

La sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en todo caso, por la parálisis inconstitucional que en la práctica provocó en el país al materialmente impedir que la Asamblea Nacional pudiera funcionar, condujo a que la misma, como órgano político, con el objeto de desbloquear la parálisis institucional impuesta, terminara aceptando la decisión de los diputados electos por el Estado Amazonas que se habían juramentado de dejar sin efecto la juramentación que habían hecho. Ello ocurrió el 13 de enero de 2016 al realizarse una sesión ordinaria de la Asamblea, en la cual se dejó sin efecto la juramentación de los tres diputados del Estado Amazonas.

El Gobierno había forzado dicha decisión, por la amenaza que había sido expresada en el sentido de que el Presidente de la República no acudiría ante la Asamblea a presentar su Mensaje anual que se había fijado conforme a la Constitución para el 15 de enero de 2106, para lo cual, como ha solido hacer en el pasado, acudió ante la Sala Constitucional para que como “consultor jurídico” o “abogado” sumiso y servil, le dijera lo que quería oír, y así terminar de paralizar al Poder Legislativo.

III. LA SALA CONSTITUCIONAL AL SERVICIO DEL EJECUTIVO CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL: EL CASO DE LA DECISIÓN DE UN BIZARRO RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA UNA SUPUESTA Y FUTURA OMISIÓN LEGISLATIVA

En efecto, entre el elenco de decisiones de la Sala Constitucional en su “nuevo” rol de asesor del Poder Ejecutivo, se destaca la sentencia N° 3 del 14 de enero de 2016,⁶¹ emitida con ocasión de las secuelas que resultaron de la anteriormente analizada decisión de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, dictada mediante sentencia N° 260 (Caso: *Nicia Marina Maldonado, contra el acto de votación de las elecciones parlamentarias del estado Amazonas*) de 30 de diciembre de 2015, a través de la cual la Sala Electoral, al admitir el recurso, ordenó “de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación” de los órganos electorales respecto de todos los cuatro diputados que habían sido electos en el Estado Amazonas;⁶² en las elecciones del 6 de diciembre de 2015.

Como se ha dicho, dicha proclamación no podía ser “suspendida” ni siquiera provisionalmente, pues ya había ocurrido, y sus efectos se habían agotado. Sólo se pueden suspender, incluso provisionalmente, los efectos de los actos cuando aún no ha ocurrido, para que no ocurran; o los efectos que están en curso de ocurrir, para evitar que ocurran; pero no se pueden suspender los que ya ocurrieron. Así, se puede suspender el embarazo de una mujer antes de que ocurra o durante la gestación, pero una vez nacido el niño, ni el embarazo ni el nacimiento pueden ser “suspendidos.”

Por tanto, la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015 simplemente, por errada –errada de un error judicial inexcusable– era inejecutable,⁶³ o sea, no podía ser cumplida, y por tanto no era susceptible de ser acatada por nadie.⁶⁴

⁶⁰ Véase en <http://www.oas.org/documents/spa/press/CARTA.A.PRESIDEN-TE.MADURO.12-01-16.pdf>

⁶¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184316-03-14116-2016-16-0003.HTML>

⁶² Véase en <http://www.tsj.gob.ve/en/decisiones#3>. Sobre ello, véase José Ignacio Hernández quien afirmó que -la Sala Electoral no puede, en virtud de una medida cautelar, modificar los efectos jurídicos de esa proclamación y -suspender- el mandato popular de representación ya perfeccionado, pues los efectos de la proclamación ya se cumplieron.- Véase en -Luego de los 4 diputados suspendidos por el TSJ: ¿Qué va a pasar?,- en Prodavinci, 30 de diciembre de 2015, en <http://prodavinci.com/blogs/luego-de-los-4-diputa-dos-suspendidos-por-el-tsj-que-va-a-pasar-por-jose-ignacio-herandez/>

⁶³ En igual sentido, véase José Ignacio Hernández, -¿Qué dijo la Sala Electoral para -suspender- a los diputados de Amazonas?,- en Prodavinci, 4 de enero de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-herandez/>

⁶⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La inconstitucional, delictiva e inejecutables sentencia de la Sala Electoral pretendiendo -suspender- las elecciones de diputados el Estado Amazonas,- 4 de enero de 2016, en <http://www.allan-brewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20INCONSTITUCIONAL,%20DELICTIVA%20INEJECUTABLE%20SENTENCIA%20DE%20LA%20SALA%20ELECTORAL%20%204-1-2016.pdf>

En realidad, la misma equivalía a una sentencia de nulidad de la elección lo que solo podía ser dictada en la sentencia final del juicio y nunca como “medida cautelar,” y en todo caso respetando la garantía del debido proceso y en particular el derecho a ser oído de los diputados involucrados.⁶⁵

Como señalamos, sin embargo, en virtud de que a pesar de dicha decisión N° 260 de 30 de diciembre de 2015, la Junta Directiva de la nueva Asamblea después de instalarse procedió a juramentar a los diputados mencionados que ya habían sido proclamados por las autoridades electorales, y gozaban de inmunidad, con ocasión de una denuncia de “desacato” de dicha sentencia formulada por miembros del partido de gobierno, la Sala Electoral del Tribunal Supremo dictó la antes mencionada nueva sentencia N° 1 de 11 de enero de 2016,⁶⁶ en la cual, en definitiva, resolvió que la Junta Directiva de la Asamblea había incurrido en desacato de su anterior sentencia (N° 260, del 30 de diciembre de 2015), e igualmente los diputados “suspendidos” con su *participación en el acto de juramentación*, igualmente habían incurrido en desacato de la mencionada sentencia. La Sala Electoral, además, como se ha dicho, decidió que la juramentación de dichos diputados estaba viciada de nulidad absoluta por “usurpación de autoridad,” ordenando “*la desincorporación inmediata*” de los mencionados diputados, y declarando “*nulos absolutamente* los actos de la Asamblea Nacional” que se hubiesen dictado o se dictaren *en el futuro*, mientras dichos diputados estuviesen incorporados.

Ahora bien, en esa situación de conflicto de poderes, y en vista de que días después (15 de enero) el Presidente estaba obligado a acudir ante la Asamblea Nacional a presentar su Mensaje Anual, con el propósito de justificar su no comparecencia ante la misma, el día 12 de enero de 2016, es decir, al día siguiente de haberse dictado la sentencia N° 1 de la Sala Electoral mediante la cual la misma había paralizado hacia futuro el funcionamiento de la Asamblea Nacional; la Procuraduría General de la República en representación y por órdenes del Ejecutivo Nacional, acudió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, interponiendo un extraño “*recurso de inconstitucionalidad por omisión legislativa* [...] como consecuencia de la nulidad absoluta de las actuaciones de la Asamblea Nacional declarada por la Sala Electoral de ese Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1 de fecha 11 de enero de 2016,” alegando que el Ejecutivo Nacional supuestamente se encontraba “imposibilitado” para cumplir con el mandato constitucional de presentar su Mensaje Anual.

Se trató entonces, de un recurso de inconstitucionalidad por omisión, *pero no de una omisión que ya había ocurrido*, sino de una que supuestamente podía eventualmente ocurrir en el futuro, es decir, de una futura posible omisión, que era la supuesta imposibilidad de la Asamblea para recibir, en el futuro, el mensaje anual del Presidente, alegando que:

“la Asamblea Nacional no está en condiciones de dictar actos válidos, hasta tanto no desincorpore a los ciudadanos Julio Haron Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzman, pues se encuentra en desacato de un mandamiento de amparo cautelar, lo que la imposibilita para sesionar, convocar y recibir al Primer Mandatario del Ejecutivo Nacional para que haga presencia a los fines del cumplimiento de lo previsto en el artículo 237 constitucional (...).”

El Procurador, como asesor jurídico del Poder Ejecutivo, que en definitiva es quien asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los bienes, derechos e intereses de la República, le consultó así a la Sala Constitucional, a la vez como si fuera otro “asesor jurídico” del Ejecutivo, “su parecer” sobre si el Presidente de la República cumplía con la obligación constitucional de comparecer ante el órgano legislativo nacional, con ello “estaría validando actos que han sido declarados como absolutamente nulos por el Poder Judicial (...)” indicándole entonces a la Sala Constitucional que sin embargo, el Presidente sí estaba dispuesto a “presentar el referido mensaje ante el Poder Judicial, Electoral y Ciudadano y ante el Pueblo Soberano, representado por los Consejos Presidenciales del Gobierno Popular y el Parlamento Comunal (...)” lo que por supuesto era evidentemente contrario a la Constitución, pues en ningún caso la Sala Constitucional podía atender siquiera al planteamiento, por ser abiertamente inconstitucional.

⁶⁵ Como lo observó el Secretario General de la OEA Luis Almagro, en su comunicación de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana: -en derecho no se puede anular ningún acto mediante una medida cautelar, y tampoco actos a futuro. Estos se puede hacer luego de un juicio en el que se respete el debido proceso y en el que las partes presenten sus pruebas,- p. 53. Véase en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

⁶⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016-000001>. HTML

Sin embargo, la Sala Constitucional procedió a estudiar la “consulta,” dictando para evacuarla la sentencia N° 3 del 14 de enero de 2016,⁶⁷ precisando que “el objeto de la solicitud” no era precisamente declarar la inconstitucionalidad de una omisión ya ocurrida, sino de una que podía ocurrir en el futuro, en el sentido de:

“la declaratoria de la omisión inconstitucional de la Asamblea Nacional para recibir el mensaje anual del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela (Poder Ejecutivo) previsto en el artículo 237 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el órgano parlamentario (Junta Directiva), de acuerdo a la sentencia N° 1 dictada por la Sala Electoral el 11 de enero de 2016, incurrió en desacato a la medida cautelar acordada por ese mismo órgano jurisdiccional en sentencia N° 260 dictada el 30 de diciembre de 2015; y, por lo tanto, está inhabilitada para ejercer sus atribuciones constitucionales de control político de gestión.”

En otras palabras, que como la Asamblea Nacional, al haber juramentado tres diputados electos en el Estado Amazonas habría incurrido en desacato de lo ordenado en la sentencia N° 1 de la Sala Electoral del 11 de enero de 2016, mediante la cual, ésta, materialmente había prohibido al Parlamento poder funcionar, y como ello implicaba entonces, hacia el futuro, que el Presidente supuestamente no podía presentar ante la Asamblea su Mensaje, entonces se le pedía a la Sala Constitucional que decidiese sobre ese futura posible omisión de la Asamblea de sesionar para recibir el mensaje Anual del Presidente, solicitándole entonces que fuera la Sala Constitucional la que “supliría la aludida omisión” futura.

Aparte de que el recurso de inconstitucionalidad por omisión regulado en la Constitución (art. 336.7) solo se refiere a omisiones ya ocurridas del poder legislativo “cuando haya dejado de dictar” una medida, sin embargo, con base en lo alegado sobre omisiones futuras, la Sala Constitucional procedió a decidir, como suele hacer en casos similares, violando “discrecionalmente” los principios del debido proceso al no oír los intereses contrapuestos, particularmente de la Asamblea Nacional y sus diputados, considerando el asunto como de mero derecho, “sin necesidad de abrir procedimiento alguno,” por estimar que la causa “no requería la comprobación de asuntos fácticos.”

Sin embargo, después de afirmar –y decidir, porque así lo dio por sentado– que la situación planteaba en la solicitud “incapacitaba al Poder Legislativo para ejercer sus atribuciones constitucionales de control político de gestión,” la Sala en definitiva no se pronunció sobre lo solicitado, es decir, la posible y “futura omisión legislativa,” al constatar como “hecho notorio comunicacional” que el día en que estaba dictando la sentencia, es decir, el mismo día 13 de enero de 2016:

“la Junta Directiva de la Asamblea Nacional *acató la orden impartida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia* a través de las sentencias N° 260/2015 y 1/2016, procediendo en consecuencia, a realizar una sesión ordinaria en la cual dejó sin efecto la sesión celebrada el día 6 de enero de 2016, desincorporando a los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el estado Amazonas para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional. Igualmente, de manera expresa se decidió *dejar sin efecto la juramentación de los mismos, así como también “las decisiones tomadas desde la instalación del Parlamento.”*”

En consecuencia, dijo la Sala Constitucional, que como “la omisión inconstitucional de la Asamblea Nacional cesó al haber cumplido con la orden impartida por Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia,” a pesar de que en realidad, como se trataba de una solicitud respecto de una omisión “futura,” que no había ocurrido y que por tanto no podía haber cesado, sino que lo que podía haber ocurrido era que no se produciría; la Sala Constitucional estimó “que no existe actualmente impedimento alguno para que el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela (Poder Ejecutivo) proceda a dar cuenta ante el Poder Legislativo de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año 2015, tal como lo ordena el artículo 237 del Texto Fundamental,” concluyendo con la decisión que: “*Cesó la omisión inconstitucional por parte de la Asamblea Nacional, para que el Presidente de la República dé cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año 2015.*”

Decisión que, como se dijo, era totalmente incongruente porque no se puede afirmar ni en lógica ni en derecho que algo que aún no había ocurrido haya cesado. Tan simple como eso, una omisión futura, no puede decirse que haya cesado, y la Constitución no permite recursos por omisión que puedan intentarse contra la Asamblea, por supuestas omisiones en las que pueda incurrir en el futuro.

⁶⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184316-03-14116-2016-16-0003.HTML>

En todo caso, como consecuencia de haber cesado la supuesta futura omisión inconstitucional en la que supuestamente podía incurrir a futuro la Asamblea Nacional, al haberse dejado sin efecto las juramentaciones de los diputados por el Estado Amazonas, el Presidente de la República efectivamente acudió ante la Asamblea Nacional a presentar su Memoria anual.

Otro asunto fue que, en lugar de presentar dicha Memoria, en realidad lo que hizo fue presentar ante la Asamblea Nacional el texto de un “decreto de Estado de Emergencia Económica,” para enfrentar una supuesta “guerra económica” contra el país, que solo su gobierno y su antecesor habían declarado contra el pueblo de Venezuela, hasta sumirlo en la miseria.

56. EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LOS PODERES DE CONTROL POLÍTICO DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

Segundo: Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 4 de 20 de enero de 2016, N° 7 de 11 de febrero de 2016 (Caso: Recurso de interpretación sobre las normas constitucionales reguladoras de los estados de excepción), N° 9 del 1° de marzo de 2016 y N° 184 de 17 de marzo de 2016.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 348-368

Resumen: *Este estudio analiza las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, durante el primer semestre de 2016, mediante las cuales fue cercenando progresivamente los poderes de la Asamblea Nacional de ejercer el control político que le corresponde constitucionalmente sobre el Gobierno y la Administración.*

Abstract: *This Paper analyzes the successive rulings of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice issued during the First Semester of 2016, through which it progressively sundered the constitutional powers of the National Assembly to politically control the functioning of the Government and of the Public Administration*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Gobierno. Administración Pública, Control político.*

Key words: *National Assembly. Government. Public Administration. Political control.*

I. EL CONTROL POLÍTICO POR LA ASAMBLEA NACIONAL DE LOS DECRETOS DE ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU DESCONOCIMIENTO JUDICIAL

1. *El incongruente y tardío reconocimiento ejecutivo de la emergencia económica*

El día 15 de enero de 2016, al presentar su Mensaje anual ante la Asamblea Nacional, quien ejerce la Presidencia de la República, Nicolás Maduro, consignó, junto con el mismo, el texto del Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016,¹ mediante el cual había declarado el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional durante un lapso de 60 días, motivado, según se lee en los Considerandos, no en las consecuencias desastrosas de las políticas económicas erradas que ha venido desarrollando el Estado, destruyendo tanto la producción y economía nacional como la calidad de vida de la población, sino en supuestos factores externos al gobierno e incluso al país, entre los cuales estaban:

- (i) que sectores nacionales e internacionales habrían iniciado acciones tendientes a “desestabilizar la economía del país;”
- (ii) que en el “marco de la guerra económica” iniciada contra el país, se ha dificultado el acceso a bienes y servicios esenciales;
- (iii) que “ante la ofensiva económica y la disminución del ingreso petrolero,” se requiere adoptar medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad de la economía, y
- (iv) que dichas medidas son de “gran magnitud e impacto en la economía nacional.”

La crisis económica del país, que definitivamente no se debe a factores externos al Estado, pues es producto de su error e ineficiencia, por supuesto, no se resolvía con decretos, y menos con decretos como el dictado el 14 de enero de 2016, sino con un cambio en la política económica del gobierno que al menos

¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extra. de 14 de enero de 2016.

(i) restableciera la producción nacional, en un marco de libertad económica, restituyendo empresas y factores de producción confiscados y expropiados a sus dueños, (ii) dismantelase el enorme aparato burocrático estatal que ha gerenciado la economía nacional, con los más altos índices de ineficiencia de la historia del sector público; y (iii) desregulase la economía, permitiendo al sector privado desarrollar las iniciativas necesarias en materia de producción y empleo, con acceso a divisas en un marco real de valor de la moneda.

Pero no. En lugar de atacar el problema económico, el decreto de emergencia económica de enero de 2016, no fue más que el reconocimiento del fracaso del gobierno en materia económica, pero sin proponer solución alguna para resolver la crisis, y más bien con propuestas para agravarla, pero que en ningún caso requerían de un decreto de emergencia para ser dictado conforme a los artículos 337 y siguientes de la Constitución, pues todo lo que en el decreto se enunció con vaguedad lo podía realizar el Gobierno con el arsenal de leyes, decretos leyes y regulaciones diversas que se habían dictado en los últimos tres lustros. Ninguna nueva regulación era necesaria para enfrentar la crisis económica, la cual solo podría ser atacada por el propio gobierno desarrollando una política económica distinta a la que la originó.

El decreto de emergencia económica, en efecto, fue dictado por el Presidente de la República en uso de la atribución que le confería el artículo 236.7 de la Constitución para, en Consejo de Ministros “declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.” Dichos estados de excepción se regulan en los artículos 337 y siguientes de la misma Constitución, donde se precisa que se pueden dictar cuando se trata de emergencia económica, en casos de “*circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación,*” (art. 337), en el marco general de circunstancias “*que afecten gravemente la seguridad de la Nación,* de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos” (art. 337).

En tal caso de emergencia económica, como en todos los otros, la Constitución autoriza al Presidente de la República para restringir temporalmente las garantías económicas consagradas en esta Constitución (art. 337), en cuyo caso está obligado en el texto mismo del decreto a “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

Ahora bien, del contenido del Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016, lo que se evidencia es que el mismo, en realidad, no fue un decreto de “emergencia económica” en los términos antes mencionados, porque todo lo que en el mismo se anunció y enunció pudo haberse ejecutado por el gobierno, el cual disponía de todas las leyes, decretos leyes y regulaciones imaginables, con facultades suficientes para hacer frente a los hechos que supuestamente habrían originado la crisis económica en el país. Es decir, si algo no podía afirmarse seriamente era que en el Estado centralista, socialista, totalitario y militarista que se desarrolló en los últimos lustros, supuestamente resultaban “insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.” Esta fue la primera gran mentira del decreto de estado de emergencia económica, como fue la también mentira contenida en los diversos decretos de emergencia económica dictados en los Estados fronterizos durante 2015,² que no condujeron a nada ni resolvieron la crisis económica, sino impusieron un cierre de la frontera para los ciudadanos de a pie, violándoseles impunemente sus derechos y garantías constitucionales, tanto a los colombianos como a los venezolanos.

Fue en el marco de esa gran mentira que encajó, por ejemplo, el enunciado del artículo 1 del Decreto N° 2184 de enero de 2016, al afirmar que el estado de emergencia económica decretado era para:

(i) “que el Ejecutivo disponga de la atribución para adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana,” de manera que: “permita asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos y el libre acceso a bienes y servicios fundamentales e igualmente, mitigar los efectos de la inflación inducida, de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios,” y

(ii) “también contrarrestar las consecuencias de la guerra de los precios petroleros, que ha logrado germinar al calor de la volátil situación geopolítica internacional actual, generando una grave crisis económica.”

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales. Sobre la anómala, inefectiva e irregular decisión del Ejecutivo Nacional de decretar un Estado de Excepción en la frontera con Colombia en agosto de 2015, y la abstención del Juez Constitucional de controlar sus vicios de inconstitucionalidad,- 29 de agosto de 2015, en www.allanbrewer-carrias.com

Por supuesto, en cuanto a las segundas medidas, no era necesario ser economista ni especialista en comercio internacional para apreciar que, con un decreto de estado de emergencia, ni con las decisiones que conforme al mismo podían adoptarse en el marco del Estado venezolano, se podía contrarrestar en forma alguna la baja de los “precios petroleros,” cuya fijación depende exclusivamente del mercado internacional, que no controla nadie en particular, sino solo el mercado.

Y en cuanto a las primeras medidas, todas, absolutamente todas se podían enfrentar con un cambio de política económica, con todos los instrumentos de los cuales disponía el Estado para efectuar dicho cambio, de manera de por ejemplo aumentar la producción nacional, bajar la dependencia de importaciones, y sincretar el valor de la moneda, sin lo cual no podría haber decreto alguno capaz de asegurarle a la población su derecho de acceso a bienes y servicios fundamentales; ni poder mitigar los efectos de la “inflación inducida; de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios,” todo lo cual había sido inducido por el propio gobierno y se debía a la errada política económica del Estado que se adoptó en el país.

Para reorientar la política económica, por supuesto, nadie podría argumentar que “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen [en el seno del gobierno] para hacer frente a tales hechos” (art. 337). Y todo ello, se confirmó con los enunciados contenidos en el artículo 2 del Decreto, donde solo se “anunciaron” las medidas que se supuestamente se iban a tomar –es decir, no se tomó ninguna–, lo que confirmó que constitucionalmente no era un decreto de estado de emergencia económica, sino un anuncio de medidas que bien podía haber formulado el Presidente ante la Asamblea Nacional, en su mensaje anual, que era donde correspondía.

Pero no. Se optó por decretar un estado de emergencia o de excepción, solo anunciándose “medidas” a ser adoptadas en el futuro, pero sin indicarse nada sobre el cambio de rumbo de la política económica que había originado las “circunstancias excepcionales,” sino más bien, reafirmando la misma línea errada de intervencionismo estatal.

Ello se constata simplemente con analizar cuáles fueron las “medidas que considere convenientes” adoptar el Ejecutivo, y que se anunciaron en el artículo 2º del Decreto “como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia económica,” que debían estar todas “orientadas a proteger y garantizar los derechos y el buen vivir de las familias, de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos mayores”:

1. En primer lugar “disponer los recursos provenientes de las economías presupuestarias del ejercicio económico financiero 2015,” con determinadas finalidades, para lo cual bastaba hacer uso de las atribuciones previstas en Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

2. En segundo lugar, asignar recursos extraordinarios a proyectos previstos o no en la Ley de Presupuesto a los órganos y entes de la Administración Pública, para determinados sectores de actividad y Misiones, para lo cual bastaba hacer uso de las atribuciones previstas en Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

3. Diseñar e implementar medidas especiales, de aplicación inmediata, para la reducción de la evasión y la elusión fiscal, para lo cual bastaba aplicar las atribuciones de fiscalización y control establecidas en el Código Orgánico Tributario y en las normas que regulan el SENIAT.

4. Dispensar de las modalidades y requisitos propios del régimen de contrataciones públicas para agilizarlas, para lo cual bastaba aplicar las normas de excepción que son abundantísimas, previstas en la Ley de Contrataciones Públicas.

5. Dispensar de los trámites, procedimientos y requisitos para la importación y nacionalización de mercancías, cumpliendo con los requerimientos fitosanitarios pertinentes, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

6. Implementar medidas especiales para agilizar el tránsito de mercancías por puertos y aeropuertos de todo el país, para lo cual también bastaba aplicar la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

7. Dispensar de los trámites cambiarios establecidos por CENCOEX y por el Banco Central de Venezuela, a órganos y entes del sector público o privado, para garantizar la importación, para lo cual bastaba aplicar la Ley de Ilícitos Cambiarios y reformular los Convenios Cambiarios entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional.

8.a. Requerir a empresas del sector público incrementar sus niveles de producción, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de la Administración Pública, dando las instrucciones pertinentes a través de los diversos órganos de adscripción;

8.b. Requerir de las empresas del sector privado incrementar sus niveles de producción, para lo cual no valía decreto ni “orden” ejecutiva alguna, sino estímulo y fomento como política de Estado.

9.a. Adoptar las medidas necesarias para asegurar el acceso oportuno de la población a bienes de primera necesidad, para lo cual bastaba estimular la producción nacional por el sector privado y permitirles el acceso a las divisas para importar, en un marco de sinceración del valor de la moneda, que solo un cambio de política económica podía provocar, sin necesidad de decreto alguno de emergencia.

9.b. Poder requerir “de las personas naturales y jurídicas propietarias o poseedoras, los medios de transporte, canales de distribución, centros de acopio, beneficiadoras, mataderos y demás establecimientos, bienes muebles y mercancías que resulten necesarios para garantizar el abastecimiento oportuno de alimentos a las venezolanas y los venezolanos, así como de otros bienes de primera necesidad,” para lo cual no era necesario decreto alguno de emergencia, pudiendo aplicarse las muy inconvenientes medidas ya establecidas en todas las leyes limitativas de la libertad económica dictadas en los últimos años, entre las cuales estaba la Ley de Precios Justos. En todo caso, si se trataba de un requerimiento forzoso, en el decreto se tenía que haber regulado —no sólo anunciado— la limitación o restricción concreta de la libertad económica o del derecho de propiedad, lo que no ocurrió.

10. Adoptar las medidas necesarias para estimular la inversión extranjera “en beneficio del desarrollo del aparato productivo nacional, así como las exportaciones de rubros no tradicionales, como mecanismo para la generación de nuevas fuentes de empleo, divisas e ingresos,” para lo cual bastaba aplicar, por ejemplo, la Ley de Inversión Extranjera dictada en sustitución de la Ley de Promoción y Protección de la Inversión, así como la Ley de Promoción de la Inversión mediante Concesiones.

11. Desarrollar, fortalecer y proteger el Sistema de Misiones y Grandes Misiones Socialistas, para lo cual bastaba aplicar la Ley Orgánica de Misiones y Grandes Misiones.

Es decir, para dictar e implementar las medidas anunciadas, el Ejecutivo no carecía de las facultades necesarias para atender su implementación. Le bastaba aplicar las leyes dictadas, casi todas incluso reformadas recientemente, lo que evidenciaba que el decreto de emergencia económica no fue tal, sino un simple anuncio de medidas que pudo el Ejecutivo dictar aplicando las leyes.

De resto, el Decreto, en el *artículo 3* simplemente “anunció” que con base en los mismos artículos 337 y siguientes de la Constitución podía dictar en el futuro otras medidas de excepción, para lo cual no era necesario anuncio alguno, pues son facultades constitucionales, pero que por supuesto requerían del mismo control político y jurídico establecido para los decretos de estados de excepción; en el *artículo 4* repitió lo que ya estaba en las leyes que regulan a la Administración Pública en materia de la necesaria coordinación entre órganos y entes públicos para implementar decisiones; en el *artículo 5*, se repitió lo que la Constitución establece sobre la obligación de los órganos de los Poderes Públicos de colaborar en el cumplimiento del decreto, con el incomprensible agregado de la “Fuerza Armada Nacional Bolivariana,” como si fuese algo distinto que existiese fuera del Poder Público; y en el *artículo 6*, se convocó a la participación activa del pueblo en la “la consecución de los más altos objetivos de consolidación de la patria productiva y económicamente independiente,” enumerándose órganos regulados legalmente como formando parte del llamado “Poder Popular,” pero con el agregado, esta vez de uno que no existía como el denominado “Parlamento Comunal.”

Y nada más, salvo repetir en el *artículo 7* lo que dice la Constitución sobre la remisión del decreto “a la Asamblea Nacional, a los fines de su consideración y aprobación, dentro de los ocho (8) días siguientes a su publicación” lo que ocurrió el 14 de enero de 2016, a los efectos del control político del decreto; y en el artículo 8 lo que también dice la Constitución sobre la remisión del decreto a “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronuncie sobre su constitucionalidad, dentro de los ocho (8) días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial.”

2. *Algunos principios sobre el control político de los decretos de estados de excepción*

El artículo 339 de la Constitución, en efecto, dispone que el decreto que declare el estado de excepción:

“será presentado, *dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado*, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.”

Se establece así, un doble régimen general de control parlamentario y judicial sobre los decretos de excepción, el cual se desarrolla en la Ley Orgánica de los Estados de Excepción,³ estableciendo normas particulares en relación con el control por parte de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y por parte de los jueces de amparo.⁴ Además, respecto del control político, la norma prevé que el Decreto puede ser “revocado por [...] la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada,” antes del término señalado para su duración, “al cesar las causas que lo motivaron.”

En cuanto al control inicial de orden político debe notarse que la Constitución exige que el decreto se remita a la Asamblea, “dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado,” fecha que no necesariamente es la de la publicación, que podría ocurrir posteriormente. Sin embargo, las leyes y actos normativos del Estado solo entran en vigencia a la fecha de su publicación, no de su emisión, lo que se aplica como regla también a los Decretos de estados de excepción a los cuales la Ley Orgánica les otorga el rango de decreto ley.

Los ocho días para la remisión del decreto a la Asamblea Nacional por el Presidente de la República, conforme lo precisó el artículo 31 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, se cuentan como “días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado,” teniendo la remisión a la Asamblea por objeto “su consideración y aprobación,” lo que corresponde hacer a la Asamblea incluso si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido durante el lapso mencionado, en cuyo caso, conforme a la Ley Orgánica, la Asamblea Nacional debe pronunciarse de oficio (art. 26).

La Constitución le atribuyó en esta forma al órgano parlamentario la potestad de control político sobre los decretos de estado de excepción, asignándole el poder de aprobarlos, y por supuesto de improbarlos.

Cuando la Constitución dispone que el decreto se remita a la Asamblea “para su consideración y aprobación,” es por supuesto para su consideración, y como derivado de ello, para su aprobación o improbación. De lo contrario no sería control alguno, sino una simple rúbrica.

En todo caso, la decisión de la Asamblea de aprobar o improbar el Decreto, conforme a la Ley Orgánica, debe adoptarse por la mayoría absoluta de los diputados presentes en sesión especial que se debe realizar sin previa convocatoria, dentro de las 48 horas de haberse hecho público el decreto (art. 27), es decir, de su publicación en *Gaceta Oficial*. Sin embargo, en forma evidentemente incongruente con este término legal perentorio que no se ajusta al constitucional de ocho días, la Ley Orgánica dispone que si por caso fortuito o causa de fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los ocho días “continuos siguientes” a la recepción del decreto, éste se debe entender aprobado. Se establece así, la figura del silencio parlamentario positivo con efectos aprobatorios tácitos, pero dando por sentado que la Asamblea debe pronunciarse aprobando o no el decreto en el término de ocho días, pasado el cual la Ley presume su tácita aprobación.

Por tanto, está fuera de toda duda que el decreto de estado de excepción puede ser rechazado por la Asamblea, negándole su aprobación; de eso se trata el control político; en cuyo caso el decreto cesa de tener vigencia ni puede producir efectos jurídicos. No tiene fundamento alguno, por tanto, lo afirmado sin argumentación por la Sala Constitucional en sentencia N° 7 dictada el 11 de febrero de 2016 con ocasión de resolver un recurso de interpretación de las normas relativas a los estados de excepción,⁵ que se comenta más adelante, en el sentido de que el “control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos.” Si no lo afecta, de nada valdría entonces establecer el control político, el cual no se limita a la sola posibilidad que tiene la Asamblea de revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término establecido, al cesar las causas que lo motivaron.

Este control político sobre los decretos de los estados de excepción, por supuesto, es completamente distinto al control jurídico constitucional automático y obligatorio que sobre los mismos ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual la Constitución le asignó competencia expresa

³ G.O. N° 37.261 del 15 de agosto de 2001.

⁴ Véase sobre ello lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999: Estado Democrático y Social de Derecho*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y en “El régimen constitucional de los estados de excepción” en Víctor Bazan (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149.

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

para “revisar en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República” (artículo 336,6), a cuyo efecto, como lo dice su artículo 339 y el artículo 31 de la Ley Orgánica, el Presidente de la República también debe remitir el decreto *dentro de los ocho días continuos siguientes de haberse dictado*, a “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.” En el mismo término, el Presidente de la Asamblea Nacional debe enviar a la Sala Constitucional, el Acuerdo mediante el cual se apruebe o rechace el estado de excepción

En todo caso, si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional, según el caso, no dieran cumplimiento al mandato establecido en la norma en el lapso previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se debe pronunciar de oficio (art. 31). El efecto jurídico de la decisión de la Sala Constitucional que declare la constitucionalidad del decreto es que con posterioridad no podría intentarse una acción de inconstitucionalidad contra el mismo.

Se trata, por tanto, de dos controles con dos efectos jurídicos distintos que deben efectuarse dentro del mismo lapso de ocho días, sin que haya orden alguno en el cual se pueden adoptar las decisiones, pudiendo ser cualquiera de ellas antes que la otra. Sin embargo, si la Asamblea Nacional o la Comisión, dentro del término mencionado, decidiere antes que la Sala Constitucional desaprobando el decreto de estado de excepción, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe omitir todo pronunciamiento, declarando extinguida la instancia (art. 33, Ley Orgánica);⁶ de lo que resulta que el control político tiene primacía sobre el control jurídico.

El objeto del control jurídico por parte de la Sala Constitucional, como lo expresamos hace años, es “para revisar la constitucionalidad de los decretos de excepción, es decir, que en su emisión se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la Constitución (constitucionalidad formal) y en la Ley Orgánica; y segundo, que el decreto no viole la normativa constitucional ni la establecida en la Ley Orgánica,”⁷ como por ejemplo, que si en el decreto se restringe una garantía constitucional se dé cumplimiento a la exigencia de que el decreto debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339); es decir, que tiene que tener en sí mismo contenido normativo en relación con las restricciones al ejercicio del derecho constitucional respectivo.⁸ Ello, por ejemplo, no existió en el decreto N° 2.184 de 14 de enero de 2016.

3. *El control político ejercido por la Asamblea Nacional en relación con el decreto de emergencia económica de enero de 2016*

El Decreto N° 2184 de 14 de enero de 2016 antes comentado, en efecto, mediante el cual se decretó la emergencia económica en el país, fue presentado personalmente por el Presidente de la República a la Asamblea con ocasión de su comparecencia para presentar su Mensaje anual, dentro del término fijado en la Constitución, es decir, el día 15 de enero de 2016, que fue el día siguiente de su emisión. La decisión de control político que debía adoptar la Asamblea Nacional en el sentido de aprobar o improbar el decreto, e independientemente del control jurídico que correspondía ser ejercido por la Sala Constitucional, tenía que producirse entonces necesariamente dentro de los ocho días continuos siguientes a la emisión del decreto (que fue el 14 de enero), es decir, entre el 15 de enero y el 22 de enero de 2016 de manera que si en ese lapso no se producía la decisión expresa de la Asamblea, entonces conforme a la Ley debía considerarse que había sido aprobado tácitamente.

⁶ Hemos considerado que esta norma legal es inconstitucional pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución, que puede efectuarse de oficio independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Constitucional Venezolano. Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, Tomo I, pp. Igualmente en el trabajo: -El régimen constitucional de los estados de excepción- en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. La Sala Constitucional en su sentencia cita esta opinión mía, recogida en el trabajo: -Las Potestades Normativas del Presidente de la República: los Actos Ejecutivos de Orden Normativo- en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Homenaje a: Jesús María Casal Montbrun* (Coordinadores: Jesús María Casal - Alfredo Arismendi A. - Carlos Luis Carrillo), Tomo I, Caracas 2007, pp. 527-528. La Sala citó éste último trabajo, concordando con mi opinión de que la Sala al -revisar la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República, se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala Constitucional debe ejercer incluso de oficio, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la Gaceta Oficial, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto.- La sentencia, con base en ello, de paso declaró por control difuso la inaplicabilidad de dicha norma y ordenó abrir juicio de nulidad contra la misma.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

Y efectivamente, en sesión de la Asamblea Nacional del día 22 de enero de 2016 se discutió y aprobó un Acuerdo “con base en el Informe presentado por la Comisión Especial designada para examinar el Decreto N° 2184, del 14 de enero de 2016,” en el cual, como lo afirmó la Sala Constitucional en la misma sentencia N° 7 de 11 de febrero de 2016, antes citada, el órgano de representación popular “desaprobó políticamente dicho Decreto.” Dicho Acuerdo se tituló como:

“Acuerdo mediante el cual se *desaprueba* el Decreto N° 2184, del 14 de enero de 2016, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, en el que se declaró el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional.”

Conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, dicho Acuerdo parlamentario “entró en vigencia inmediatamente,” es decir, el mismo día 22 de enero de 2016, previendo dicha norma que debía ser publicado en la *Gaceta Oficial* y “difundido en el más breve plazo, por todos los medios de comunicación social, al día siguiente en que haya sido dictado, si fuere posible” (art. 30).

Ello significó, en derecho, que el Decreto N° 2184 de 14 de enero de 2016 mediante el cual el Presidente de la República había dictado un estado de excepción que como vimos de su contenido, en realidad no era tal, en todo caso había cesado de producir efectos jurídicos, a pesar incluso de que hubiese sido controlado jurídicamente por la Sala Constitucional y lo hubiese declarado conforme a la Constitución, lo que efectivamente la Sala Constitucional realizó mediante sentencia N° 4 del 20 de enero de 2016, en la cual al decir de la propia Sala “declaró el carácter constitucional del referido Decreto Presidencial, y, por ende, garantizando la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica del mismo, dentro del marco constitucional.”

La Sala, en efecto en dicha sentencia resolvió:

“la constitucionalidad del Decreto sub examine, el cual fue dictado en cumplimiento de todos los parámetros que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás normativas aplicables.”

Sin embargo, la Sala no se quedó en el ejercicio de su control jurídico, sino que, en forma evidentemente inconstitucional, pasó a ejercer sobre el mismo un “control político” usurpando las funciones de la Asamblea Nacional, al declarar en el mismo párrafo que reconocía:

“su pertinencia, proporcionalidad y adecuación, el cual viene a apuntalar con sólido basamento jurídico y con elevada significación popular, la salvaguarda del pueblo y su desarrollo armónico ante factores inéditos y extraordinarios adversos en nuestro país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; sin perjuicio del control posterior que pueda efectuar esta Sala de conformidad con sus atribuciones constitucionales.”

4. *El desconocimiento por la Sala Constitucional de la potestad de control político por parte de la Asamblea de los decretos de estado de excepción*

Con posterioridad a la desaprobación del Decreto presidencial de emergencia económica por parte de la Asamblea Nacional, en fecha 3 de febrero de 2016, un grupo de ciudadanos que se identificaron como miembros de Consejos Comunales y de Comunas, acudieron ante la Sala Constitucional, para intentar un “recurso de interpretación de naturaleza constitucional,” sobre el artículo 339 de la Constitución, y los artículos 27 y 33 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, a cuyo efecto plantearon, entre otras, “*las siguientes dudas*” que en síntesis se refieren al ejercicio sobre las potestades de control político por parte de la Asamblea Nacional:

(i) que las normas mencionadas nada establecieron sobre “las consecuencias para el Decreto que declara el estado de excepción” de la desaprobación por parte de la Asamblea Nacional;

(ii) que una vez que el Decreto ha sido “declarado conforme a la Constitución” por la Sala Constitucional, “¿entonces en qué consiste la no aprobación de la Asamblea Nacional?”

(iii) que si la decisión del Presidente en una situación de emergencia, el decreto que se dicte puede quedar sujeta a “la potestad evaluativa ya discrecional de la Asamblea Nacional, aun cuando se ha declarado su constitucionalidad?”

(iv) que si al establecerse la potestad de la Asamblea de revocar el decreto de estado de excepción, no debe considerarse que “es ese el control revocatorio?”

(v) que otorgada facultad de revocar el decreto a la Asamblea, no quiere decir esto que ese “es el control parlamentario político” no pudiendo la aprobación “tener ningún efecto modificatorio o suspensivo, sino más bien *prima facie* mantener intangible el Decreto, pese a su apreciación política?” y

(vi) que si el Presidente de la República, no es “el único Juez de Mérito de su acto de gobierno o Decreto?”

Todas esas “dudas” se plantearon para solicitar a la Sala finalmente que se pronunciase “sobre la vigencia del decreto 2.184 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.214 Extraordinario de fecha 14 de enero de 2016.”

Es decir, ni más ni menos, lo que se solicitó fue mediante un recurso de interpretación constitucional, cuya decisión fue adoptada en violación flagrante a la garantía del debido proceso y al derecho a la defensa, que la Sala se pronunciase sobre la vigencia del Acuerdo de la Asamblea Nacional, que ya había desaprobado el decreto de estado de excepción.

Y ello lo hizo la Sala mediante la indicada sentencia N° 7 del 11 de febrero de 2016,⁹ en la cual básicamente lo que argumentó fue sobre el control judicial que ella debe hacer sobre los decretos de estados de excepción, que no era el tema planteado ni sobre el cual se le pedía decisión; de manera que luego de copiar citas de autores a diestra y siniestra, considerando que lo planteado era de mero derecho, procedió a decidir sin trámite alguno, reconociendo primeramente que si bien en la Constitución no se indica expresamente que la Asamblea Nacional al ejercer el control político sobre los decretos de estados de excepción, puede improbarlos,

“por lógica jurídica, la referencia expresa a la aprobación, en la Constitución de 1999, apareja la posibilidad contraria, es decir, la de la desaprobación, tal como lo ha reconocido esta Sala.”

Y de allí pasó la Sala a deducir una consecuencia también lógica, y que es que “la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional,” lo que sin duda corresponde a la Sala Constitucional, sin que aquel control político invalide este, aun cuando si se produce con anterioridad, éste ya no procede.

Pero a pesar de estas premisas lógicas, de seguida la Sala Constitucional pasó a concluir, contradiciéndolas, usurpando la función del Poder Legislativo y contradiciendo la Constitución, que a ella le correspondía en exclusiva decidir sobre “legitimidad, validez y vigencia jurídico-constitucional,” lo cual a su juicio “no le corresponde efectuar al Poder Legislativo Nacional,” limitando el control político de este solo a poder “revocar” los decretos de excepción al cesar las causas que lo motivaron. Para ello, más adelante, en su sentencia, después de citar a Locke y a Montesquieu, la Sala agregó en su razonamiento limitativo sobre el control político que corresponde a la Asamblea, que

“el Texto Constitucional vigente sólo se refiriere al sometimiento del decreto que declara estado de excepción a la Asamblea Nacional para su consideración y aprobación, y sólo alude, en el contexto de la prórroga de ese estado, a la posibilidad de revocatoria “*por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.*”

Argumentando de paso y adicionalmente que, incluso, dicha revocación podría ser sometida a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, reafirmando que a ella corresponde “el control supremo de los actos del Poder Público” para concluir, en definitiva, que el control político por parte de la Asamblea Nacional es “un control relativo,” que supuestamente está sometido al control constitucional. En cambio, el control que ejerce la Sala Constitucional,

“además de ser un control jurídico y rígido, es absoluto y vinculante, al incidir en la vigencia, validez, legitimidad y efectividad de los actos jurídicos, incluyendo los decretos mediante los cuales se establecen estados de excepción.”

Y después de estos “razonamientos” con los cuales supuestamente la Sala habría dado respuesta “a las inquietudes interpretativas presentadas,” sin más, terminó afirmando que:

“el control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos; y el Texto Fundamental prevé de forma expresa que la Asamblea Nacional puede revocar la prórroga del decreto de estado de excepción, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.”

O sea, la Sala simplemente desconoció la Constitución y el sentido del control político que tiene la Asamblea Nacional para poder aprobar o improbar el decreto de excepción, reduciendo dicho control político de la Asamblea pura simplemente, a solo poder revocar posteriormente el decreto de estado de

⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>.

excepción, pero incluso precisando que en dicho caso, podía ser objeto de control de la constitucionalidad por parte de la misma Sala; y de allí, a pesar de la ausencia de motivación jurídica, concluyó la Sala que el Decreto N° 2.184 de 14 de enero de 2016, que declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional:

“entró en vigencia desde que fue dictado y su legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídico-constitucional *se mantiene irrevocablemente incólume*, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental.”

Para terminar, la Sala Constitucional se refirió a los lapsos para decidir sobre el control político por parte de la Asamblea Nacional, y a pesar de que la decisión de improbar el decreto de emergencia económica lo adoptó la Asamblea mediante Acuerdo el día 22 de enero de 2016, es decir, dentro del lapso constitucional de 8 días continuos a partir del 14 de enero, incurrió en la insensatez de decir que como el artículo 27 hace referencia a una sesión especial que debe realizarse sin previa convocatoria dentro de las cuarenta y ocho horas de “haberse hecho público el decreto,” y la Asamblea no decidió sino dentro del lapso constitucional de ocho días, entonces, además, la misma:

“vulneró la legalidad procesal, la seguridad jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho (*vid.* arts. 2, 7, 137, 334, 335 y 336 del Texto Fundamental), viciando de nulidad por inconstitucionalidad el proceso que culminó con el *constitucionalmente irrito* Acuerdo dictado por la máxima representación del Poder Legislativo Nacional, el 22 de enero de 2016.”

Con ello, dijo la Sala, contra toda lógica, que la Asamblea Nacional habría omitido “una forma jurídica esencial contemplada en la ley,” y desconociendo que efectivamente había decidido dentro del lapso constitucional, afirmó sin base alguna que se habría producido el “silencio positivo” lo cual era falso, pues solo está previsto cuando no se toma la decisión en el lapso de ocho días, concluyendo entonces con la afirmación de que “la Asamblea Nacional no cumplió oportunamente y, en fin, dentro de los límites constitucionales y legales, con el control político del referido decreto.”

Agregó además la Sala que como la misma había realizado el control jurídico dentro del mismo lapso de ocho días continuos siguientes a aquel en que se dictó el Decreto:

“no existe objetivamente, además, controversia constitucional entre órganos del Poder Público que resolver con relación a esa situación fáctica, a pesar de la *irrita decisión* negativa de la Asamblea Nacional pronunciada el día 22 de enero de 2016, *que debe entenderse como inexistente y sin ningún efecto jurídico-constitucional.*”

Y todo ello, porque a juicio de la Sala:

“el Poder Ejecutivo ejerció su competencia de dictar el decreto de emergencia económica, el Poder Legislativo no cumplió con su obligación de considerarlo en sesión especial dentro de las 48 horas después de haberse hecho público el decreto y la Sala Constitucional ejerció su atribución de declarar la constitucionalidad del mismo de manera oportuna, mediante sentencia N° 4 del 20 de enero de 2016.”

Así, la Sala Constitucional, con ocasión de decidir un recurso de interpretación constitucional, terminó declarando “irrito,” es decir, sin validez ni fuerza obligatoria, o en palabras de la propia Sala “*inexistente y sin ningún efecto jurídico-constitucional*” el Acuerdo de la Asamblea Nacional improbando el Decreto de Emergencia Económica, y todo ello, en un proceso en el cual no podía “anular” un acto de la Asamblea Nacional, sin seguir el procedimiento de los juicios de nulidad, por lo que, usando las propias palabras de la Sala Constitucional en la sentencia: “vulneró la legalidad procesal, la seguridad jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho (*vid.* arts. 2, 7, 137, 334, 335 y 336 del Texto Fundamental),” viciando de nulidad por inconstitucionalidad el proceso que culminó con la “*constitucionalmente irrita*” sentencia de fecha 11 de enero de 2016.

Pero como la Sala Constitucional no tiene quien la controle, pudo cometer esta y las otras inconstitucionalidades que analizamos en este libro, impunemente.

Debe destacarse, finalmente, que la Sala Constitucional en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, también resolvió en su sentencia, desaplicar el artículo 33 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción que establece:

Artículo 33. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobar el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia.

Para ello, la Sala se basó en una opinión del profesor Ramón José Duque Corredor y en otra opinión de quien esto escribe, que cita, en la cual consideré que esta norma podía considerarse inconstitucional:

“pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación, máxime si el decreto, conforme a la Ley Orgánica al entrar en vigencia ‘en forma inmediata’ incluso antes de su publicación, ha surtido efectos.”¹⁰

Con base en ello, para decidir que “lo ajustado al orden constitucional es desaplicar por control difuso de la Constitución” dicha norma del artículo 33 de la Ley Orgánica, la Sala Constitucional indicó que:

“Tal como concluye el referido autor, y con lo cual concuerda esta máxima instancia constitucional, revisar la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República, se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala Constitucional debe ejercer incluso de oficio, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la *Gaceta Oficial*, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto.

Por lo que afirma que el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, el cual señala que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia, es, en efecto, inconstitucional, pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución y que quebranta la propia supremacía y protección última del Texto Fundamental.”

Podía la Sala, sin duda, ejercer dicho control difuso de constitucionalidad sobre la primacía que la Ley otorgó al control político sobre el control jurídico, pero lo que no podía era restringir, violando la Constitución, el control político que correspondía a la Asamblea Nacional, y menos supuestamente basándose en una opinión de quien suscribe.

5. *La declaración de constitucionalidad de la prórroga del Decreto de Emergencia Económica, y su obligatoriedad para el Poder Público (incluyendo la Asamblea Nacional) decretada por la Sala Constitucional*

El mencionado Decreto estado de emergencia económica en todo el territorio nacional N° 2.184 de 14 enero de 2016, fue prorrogado por 60 días más, mediante el Decreto N° 2.270 del 11 de marzo de 2016,¹¹ y conforme a las mismas normas constitucionales antes mencionadas, fue sometido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para decidir sobre su constitucionalidad.

La Sala Constitucional mediante sentencia N° 184 de 17 de marzo de 2016,¹² procedió a declarar la constitucionalidad del decreto de prórroga, agregando que ello “motiva el respaldo orgánico de este cuerpo sentenciador de máximo nivel de la Jurisdicción Constitucional, hacia las medidas contenidas en el Decreto objeto de examen de constitucionalidad;” terminando con la declaración general de que dicho Decreto “deberá ser acatado y ejecutado por todo el Poder Público,” lo que incluía por supuesto a la Asamblea Nacional, desconociendo así su competencia constitucional para efectuar el control político del decreto y poder improbarlo; y reafirmando para que no quedase duda, que “en su condición de máxima y última intérprete de la Constitución [...] sus decisiones sobre dichas normas y principios son estrictamente vinculantes en función de asegurar la protección y efectiva vigencia de la Carta Fundamental.”

Con la sentencia, en definitiva, la Sala Constitucional vació totalmente a la Asamblea Nacional de su potestad de ejercer el control político sobre los estados de excepción, violando abierta y arteramente la Constitución.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Las Potestades Normativas del Presidente de la República: Los Actos Ejecutivos de Orden Normativo- en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*. Tomo I, Universidad católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 527-528.

¹¹ Véase *Gaceta Oficial* N° 6219 Extra de 11 de marzo de 2016.

¹² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186437-184-17316-2016-16-0038.html>.

II. LOS ATAQUES DE LA SALA CONSTITUCIONAL CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL CERCENÁNDOLE SUS PODERES DE CONTROL POLÍTICO SOBRE EL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *El intento fallido de la Asamblea de ejercer el control político sobre el gobierno y administración para estudiar el decreto de emergencia económica*

Durante los días siguientes al de la comparecencia del Presidente de la República ante la Asamblea Nacional para presentar su Mensaje anual (15 de enero de 2016), y con ocasión de la consignación ante la misma del Decreto de Estado de Emergencia Económica, la Asamblea Nacional, como le corresponde constitucionalmente, requirió la comparecencia de los Ministros del área económica ante sus Comisiones, precisamente a los efectos de considerar el decreto de estado de emergencia económica que se había dictado a los efectos de su aprobación o improbación.

La respuesta del gobierno fue ignorar los requerimientos de la Asamblea, por lo cual, el 21 de enero de 2016, que era el día anterior al vencimiento del lapso para que la Asamblea emitiera su Acuerdo aprobando o improbando el mencionado decreto, el Presidente de la Asamblea resumió la situación de desacato del Poder Ejecutivo, expresando según reseñaron los medios que:

“Es muy grave que se nieguen los ministros y el gobierno a esta comparecencia pública, que es constitucional y legal. Esto es muy grave, es un desacato. Debe ser que las informaciones que tienen que dar al país son muy graves y malas, pero no pueden negar la realidad de Venezuela”, afirmó.

Ramos Allup indicó que el vicepresidente de la República, Aristóbulo Istúriz, fue quien le informó que los ministros no asistirían. El gobierno solicitaba que la comparecencia fuera a puerta cerrada. “Querían que se hiciera sin la presencia de los medios y nos negamos rotundamente a semejante petición. La AN es un espacio abierto para la presencia de todos los medios, nacionales e internacionales”, dijo.

El presidente de la AN aclaró que no se trataba de un “reality show,” como lo dijo Héctor Rodríguez: “Se trata de responder a preguntas escritas, de una manera muy seria y formal. Lamentamos muchísimo que se haya privado al país en directo, por parte de los propios ministros, de cuál es la realidad del país.”

La Asamblea Nacional tiene hasta mañana a las 12:00 de la noche para aprobar o no el Decreto de Emergencia Económica, presentado por el presidente Nicolás Maduro.

Ante la falta de tiempo para convocar a una nueva comparecencia, Ramos Allup informó que la comisión tomará una decisión con la información que dispone.

“Nos reuniremos con la comisión, lo discutiremos en plenaria y tomaremos una decisión,” dijo.¹³

El tema del evidente desacato de los Ministros ante los requerimientos de la Asamblea, sin embargo, fue decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero insólitamente, no garantizando lo que expresa la Constitución, sino en contra de ella, limitando y reglamentando inconstitucionalmente las potestades de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 9 del 1° de marzo de 2016 dictada con ocasión de un “*Recurso de interpretación*” abstracta de los artículos 136, 222, 223 y 265 la Constitución intentado por un grupo de ciudadanos,¹⁴ en violación de las más elementales y universales principios que rigen la administración de justicia, procedió a cercenar y restringir las potestades de control político de la Asamblea Nacional, sobre el Gobierno y la Administración Pública, materialmente liberando a los Ministros de su obligación de comparecer ante la Asamblea cuando se les requiera para investigaciones, preguntas e interpelaciones; y adicionalmente como se verá más adelante, negándole a la Asamblea su potestad de auto control sobre sus propios actos parlamentarios.

¹³ Véase en https://www.facebook.com/permalink.php?id=374440365912-712&story_fbid=999122600111149.

¹⁴ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML> Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016,- en [http://www.allanbrewercarias.com/Con-tent/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Con-tent/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf).

Y ello lo hizo, en primer lugar, utilizando de nuevo una forma procesal viciada para ejercer el control de constitucionalidad de los actos estatales como es el llamado “recurso de interpretación” abstracta de la Constitución, con el que ha terminado declarando nulos unos actos actuales y “futuros” de la Asamblea Nacional.

En segundo lugar, la decisión la dictó la Sala Constitucional, en contra de la Asamblea Nacional, sin siquiera haber oído previamente a la misma a través de sus representantes, violando el derecho al debido proceso y a la defensa, que son de carácter absoluto, en términos de la propia Sala.

En tercer lugar, al conocer del recurso y dictar sentencia, la Sala Constitucional actuó en el caso en violación del más elemental principio de justicia natural, actuando como juez y parte, pues precisamente a lo que se refirió el recurso era a la potestad de la Asamblea de revocar el inconstitucional nombramiento de algunos de los Magistrados que precisamente debían firmar la sentencia.

En cuarto lugar, al dictar normas sobre el funcionamiento de la Asamblea y el ejercicio de sus poderes de control sobre el Gobierno y la Administración Pública, lo que sólo puede hacer la propia Asamblea Nacional, usurpando así la función normativa de la Asamblea que solo puede materializarse en el reglamento interior y de debates, y de paso, declarar como inconstitucionales algunas previsiones del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea y de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, todo con el objeto de encasillar y restringir las potestades de control político de la Asamblea sobre el Gobierno y la Administración Pública; y de cercenarle a la Asamblea la potestad de controlar y revisar sus propios actos cuando estén viciados de nulidad absoluta, y revocarlos en consecuencia.

2. *El viciado uso del llamado recurso de interpretación constitucional para ejercer el control de constitucionalidad, violando, además, la garantía del debido proceso*

Desde que la Sala Constitucional inventó al margen de la Constitución el llamado “recurso de interpretación” abstracta de la Constitución mediante la sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), el cual puede ser intentado por cualquier persona, incluso el Estado mismo a través de la Procuraduría General de la República, para buscar un pronunciamiento abstracto, es decir, sin referencia a caso concreto alguno y sin debate ni confrontación de opiniones de los que puedan estar interesados en la “interpretación,” hemos criticado la institución, como un diabólico instrumento mediante el cual la Sala Constitucional bajo la excusa de la interpretación,¹⁵ administra justicia “a la carta,” según lo que les apetezca a los propios Magistrados de la Sala o lo que le provoque al propio Gobierno, usando para ello a veces peticiones prefabricadas formuladas por cualquier persona “amiga” siempre dispuesta a presentar un escrito ya elaborado para “litigar” sin litigar, o del propio representante del Estado.

Y eso es lo que ha ocurrido en este caso en el cual tres abogados, presumiblemente hermanos por llevar los mismos apellidos, actuando según la Sala “en su condición de integrantes del sistema de justicia, como ciudadanos interesados en el adecuado funcionamiento de los poderes públicos,” sólo argumentando que tenían “dudas” de lo que pudieran decir los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución. El recurso de interpretación lo intentaron el 17 de febrero, y ya el 23 de febrero la Sala había designado Ponente, desarrollándose entonces un “proceso constitucional clandestino” como “de mero derecho,” del cual solo estuvieron enterados los recurrentes y el Ponente, y nadie más. El “proceso” tuvo por objeto nada más y nada menos que cercenarle a la Asamblea Nacional, es decir, a los representantes de un pueblo que se rebeló políticamente el 6 de diciembre de 2015 dándole a la oposición la mayoría calificada de la Asamblea, sus poderes parlamentarios de control sobre el Gobierno y la Administración Pública, y, además, sobre sus propios actos.

Aun cuando en la “demanda,” los demandantes también solicitaron interpretación sobre el alcance de las potestades de control político de la Asamblea Nacional en relación con los otros Poderes Públicos. A pesar de que el control político de la Administración Pública que la Asamblea tiene constitucionalmente

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *-Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,-* en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Véase además sobre ello, e trabajo *-La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,-* en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; Luis Alfonso Herrera Orellana, *-El -recurso- de interpretación de la Constitución. Reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso-* en *Revista de derecho público*, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 7-30.

asignado comprende no sólo la que se encuentra en el ámbito del Poder Ejecutivo sino también en el de los otros Poderes del Estado,¹⁶ en estas notas limitaremos nuestros comentarios, al aspecto medular del debate que nunca se dio, que es el relativo al control parlamentario de la Asamblea en relación con el Gobierno y la Administración Pública que conforman el Poder Ejecutivo Nacional, y sus propios actos.

Entre las normas cuya “interpretación” se solicitó fueron las que regulan las potestades de control político de la Asamblea Nacional, que los solicitantes identificaron en los siguientes artículos constitucionales:

Artículo 222. La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley, y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Artículo 223. La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento.

Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esta obligación comprende también a los y las particulares; a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce.

Las normas, por supuesto, nada tienen de ambiguo u oscuro, que pudiera ameritar “interpretación” alguna. Sin embargo, los “demandantes,” respecto de la comparecencia de los Ministros ante la Asamblea Nacional para interpelaciones, investigaciones y preguntas conforme al artículo 222 y 223, argumentaron que como los mismos deben presentar anualmente una “memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior” (art. 244), la citación a comparecer ante la Asamblea les planteaba una supuesta “duda razonable” respecto a si, con ello:

“la Asamblea Nacional se estaría adelantando en solicitar la comparecencia de estos funcionarios, cuando la misma Constitución, en su artículo 244, establece el lapso para que dichas autoridades rindan la memoria razonada y suficiente sobre la gestión de su despacho del año inmediatamente anterior.

El otro aspecto relevante reposa en la incertidumbre que surge con relación a si, puede la Asamblea Nacional, con fundamento en las funciones de control y vigilancia establecidas en la Carta Fundamental, exigir la comparecencia de tales funcionarios para discutir el futuro económico del país y diseñar las políticas públicas y líneas de acción administrativa a ser desarrolladas por el Poder Ejecutivo, funciones estas últimas que el Texto Constitucional, en sus artículos 226, 238, 239 y 242, le otorga, de manera exclusiva y excluyente, al Poder Ejecutivo cuando le asigna competencia para dirigir la acción de gobierno.”

Agregaron los demandantes en relación con los artículos 222 y 223 de la Constitución que, además:

“surgen grandes incertidumbres respecto a si, puede la Asamblea, dentro de su función de control y vigilancia, convocar a los altos funcionarios a fin de “diagnosticar y diseñar políticas públicas” [...] cuando pareciera que el mecanismo constitucional que ejerce la Asamblea va dirigido a interpelar e investigar a los funcionarios públicos para la determinación de sus responsabilidades políticas por actuaciones concretas en su gestión administrativa.”

Y todo ello considerando, supuestamente, que “las investigaciones desarrolladas por el Poder Legislativo deben propender a la revisión de actuaciones materiales desarrolladas por el Ejecutivo y la determinación de responsabilidades, políticas, administrativas, patrimoniales,” y supuestamente nada más.

Los “demandantes” exigieron de la Sala en esta materia una “decisión urgente” a los efectos de establecer y determinar “de manera clara y precisa, el contenido y alcance de la función de control y vigilancia ejercida por el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo Nacional.”

A pesar de que la “demanda” de interpretación constitucional claramente incidía sobre los poderes constitucionales de la Asamblea Nacional, la cual, además, es la representación popular en la organización

¹⁶ Véase sobre el ámbito de la Administración Pública en la Constitución y en la Ley Orgánica de Administración Pública, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, Introducción General al régimen jurídico de la Administración Pública- en Allan R. Brewer Carías et al, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, 4ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 14-17.

del Estado, como se dijo, la Sala Constitucional se dio el lujo de dictar sentencia violando abiertamente la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de la Asamblea, garantizado en el artículo 49 de la Constitución, contrariando su propia doctrina, que la considera como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho;”¹⁷ que exige 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,”¹⁸ al punto de que ni siquiera puede ser desconocido por el legislador.¹⁹

Ello hace dicha sentencia nula, por inconstitucional. No es posible concebir que en un “proceso constitucional” se “juzgue” sobre las potestades de control político que corresponden constitucionalmente a la Asamblea Nacional, y se anulen actos dictados por la misma, incluso actos “futuros,” sin que siquiera se haya citado a sus representantes a argumentar ante la Sala, y a defender sus decisiones.

Así como la propia Sala dijo en su sentencia que el Poder Legislativo Nacional “está sometido a la Constitución,” también la Sala Constitucional a pesar de ser la máxima intérprete de la Constitución, está sometido a ella y no puede violarla impunemente, y si bien no hay mecanismo para controlarla, ello no excluye que el pueblo no tenga el derecho de desconocer sus decisiones como ilegítimas, conforme al artículo 350 de la propia Constitución.

3. *La potestad parlamentaria para controlar políticamente al gobierno y a la Administración Pública y su regulación restrictiva por la Sala Constitucional*

La sentencia de la Sala Constitucional N° 184 de 17 de marzo de 2016, en primer lugar, incidió directamente en el control político que conforme a los artículos 222 y 223 de la Constitución, le corresponde ejercer a la *Asamblea Nacional sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional* y, por tanto, sobre los funcionarios públicos de los mismos. El Gobierno conforme a la Constitución, abarca a los niveles superiores del Poder Ejecutivo; y la Administración Pública, conforme a la propia Constitución, abarca a todos los órganos del Estado que ejerzan la función administrativa y desarrollen funciones administrativas, cualquiera que sea la rama del Poder Público en la cual se encuentran. Por ello fue absolutamente errada la afirmación de la Sala Constitucional, en el sentido de que la Administración Pública solo está reducida al Poder Ejecutivo Nacional, cuando la Administración Pública del Poder Ciudadano, del Poder Electoral y del Poder Judicial (Dirección Ejecutiva de la Magistratura) son parte de la Administración Pública.²⁰

Aparte de este grave error, en relación con el control parlamentario sobre los órganos del Poder Ejecutivo, la Sala destacó que una expresión principal de dicho control político-parlamentario en lo que se refiere al Jefe del Ejecutivo Nacional (artículo 226), es cuando se le exige en el artículo 237 presentar cada año personalmente a la Asamblea Nacional un mensaje en el que debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior; ámbito al cual, según la Sala Constitucional, “se ajusta ese control en lo que respecta al Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional.” Agregó la Sala Constitucional, que respecto del Vicepresidente Ejecutivo (artículo 238) “ese control se expresa en la moción de censura al mismo, dentro del marco Constitucional” (artículo 240); y respecto de los Ministros, el control parlamentario encuentra expresión esencial en el artículo 244, cuando dispone que los mismos “presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley;” disponiendo además, el artículo 246 que los Ministros pueden ser objeto de una moción de censura por parte de la Asamblea.

¹⁷ Véase sentencia N° 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, Caracas 2000, p. 143.

¹⁸ Véase sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

¹⁹ 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*) en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, (enero-diciembre) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

²⁰ Véase sobre el ámbito de la Administración Pública en la Constitución y en la Ley Orgánica de Administración Pública, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, Introducción General al régimen jurídico de la Administración Pública - en Allan R. Brewer Carías et al, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, 4ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 14-17.

En esto, lo que hizo la Sala Constitucional fue simplemente glosar los artículos pertinentes de la Constitución, lo que en cambio no hizo al analizar los artículos 222 y 223 respecto del control político parlamentario en relación con los demás funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, “distintos al Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, y Ministros,” cuya interpretación fue la que se le había requerido. Procedió, así, sin ninguna fundamentación constitucional, a “legislar” en materia de control político parlamentario, supuestamente “para dar legitimidad y validez” a las actuaciones de la Asamblea, usurpando por supuesto su propia potestad normativa para ello, imponiéndole a la misma, como si fuera “legislador” por encima de la Asamblea, las siguientes normas o reglas de actuación, todas inconstitucionales por estar viciadas de usurpación de funciones normativas que solo corresponden a la Asamblea ejercer al dictar su reglamento interior y de debates:

Primera regla, que el control político que ejerza la Asamblea, lo debe ejercer:

“conforme a las demás reglas, valores y principios que subyacen al mismo, especialmente, el axioma de colaboración entre poderes, así como los de utilidad, necesidad y proporcionalidad, para que logre su cometido constitucional.”

Segunda regla, que el control no debe afectar “el adecuado funcionamiento del Ejecutivo Nacional,” y, en consecuencia, debe evitarse “que el mismo termine vulnerando los derechos fundamentales.”

Tercera regla: que para realizar el control parlamentario,

“debe observarse la debida coordinación de la Asamblea Nacional con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, tal como lo impone el artículo 239.5 Constitucional, para encausar la pretensión de ejercicio del referido control (canalización de comunicaciones, elaboración de cronograma de comparecencias, etc.), respecto de cualquier funcionario del Gobierno y la Administración Pública Nacional.”

Cuarta regla, que dicha coordinación es a los efectos de que:

“la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 eiusdem.”

Quinta regla, que la Asamblea Nacional al ejercer sus funciones de control, debe sopesar que:

“la insistencia de peticiones dirigidas hacia el Poder Ejecutivo Nacional e, inclusive, hacia el resto de poderes públicos, pudiera obstaculizar gravemente el funcionamiento del Estado, en detrimento de la garantía cabal de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, así como también de los derechos irrenunciables de la Nación.”

Sexta regla, que a tal efecto:

“las convocatorias que efectúe el Poder Legislativo Nacional, en ejercicio de las labores de control parlamentario previstas en los artículos 222 y 223, con el objeto de ceñirse a la juridicidad y evitar entorpecer el normal funcionamiento de los Poderes Públicos, deben estar sustentadas en todo caso en el orden constitucional y jurídico en general.”

Séptima regla, que a tales efectos, las referidas convocatorias “deben estar dirigidas justamente a los funcionarios y demás personas sometidas a ese control,” indicando:

(i) “La calificación y base jurídica que la sustenta;”

(ii) “el motivo y alcance preciso y racional de la misma;”

(iii) “orientarse por los principios de utilidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y colaboración entre poderes públicos;” y

(iv) “sin pretender subrogarse en el diseño e implementación de las políticas públicas inherentes al ámbito competencial del Poder Ejecutivo Nacional.”

Octava regla: que en el control político parlamentario sobre los funcionarios, debe realizarse:

“permitiendo a los funcionarios que comparecen, solicitar y contestar, de ser posible, por escrito, las inquietudes que formule la Asamblea Nacional o sus comisiones.”

Novena regla, que en esos casos, inclusive, debe garantizarse a los funcionarios:

“si así lo solicitaren, ser oídos en la plenaria de la Asamblea Nacional, en la oportunidad que ella disponga, para que el control en cuestión sea expresión de las mayorías y minorías a lo interno de ese órgano del Poder Público, las cuales han de representar a todas y todos los ciudadanos, y no únicamente a un solo sector.”

Décima regla: que conforme al artículo 224 de la Constitución:

“el ejercicio de la facultad de investigación de la Asamblea Nacional no afecta [y, por ende, no ha de afectar] las atribuciones de los demás poderes públicos, pues obviamente la Constitución no avala el abuso ni la desviación de poder, sino que, por el contrario, plantea un uso racional y equilibrado del Poder Público, compatible con la autonomía de cada órgano del mismo, con la debida comprensión de la cardinal reserva de informaciones que pudieran afectar la estabilidad y la seguridad de la República, y, en fin, compatible con los fines del Estado.”

Décima primera regla: que respecto de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el único control político parlamentario posible respecto de la misma es “a través de su Comandante en Jefe y del control parlamentario mediante el control político que se ejerce sobre su Comandante en Jefe y autoridad jerárquica suprema” que es el Presidente de la República, solamente cuando presenta su mensaje anual ante la Asamblea para dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior, a lo cual, dispuso la Sala, que “se limita el control previsto en el artículo 187.3 Constitucional –desarrollados en los artículos 222 y 223–, en lo que respecta a dicha Fuerza.”

Por último, además, respecto de “las especificidades y a la forma en que deben desarrollarse las comparecencias ante la Asamblea Nacional, por parte del Ejecutivo Nacional y a la relación coordinada que debe existir entre ambas ramas del Poder Público,” la Sala ordenó al Presidente de la República (al expresar que “tiene y debe”) proceder a reglamentar la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o los Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones:

“con la finalidad de armonizar el normal desarrollo de las actuaciones enmarcadas en ese instrumento legal y demás ámbitos inherentes al mismo, siempre respetando su espíritu, propósito y razón.”

Es decir, que incluso, el propio Poder Ejecutivo está obligado por la Sala Constitucional a limitar aún más las funciones de la Asamblea, al reglamentar dicha Ley.

Todo esto, por supuesto fue y es absolutamente inconstitucional, pues la Sala Constitucional no solo no es legislador, sino que no puede restringir ni regular las funciones de la Asamblea Nacional, que ejerce la representación popular; ni puede excluir de control político parlamentario sobre la Fuerza Armada Nacional, que es parte de la Administración Pública Nacional, y menos cuando a la misma se han asignado áreas de importancia de la actividad administrativa como han sido, por ejemplo, recientemente, los servicios de la industria petrolera y gas, con la creación de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), cuyas actividades ni siquiera tienen que ver con la administración de los asuntos militares.

La secuela de todo ello, sin embargo, fue para la Sala Constitucional considerar y declarar, de oficio, mediante control difuso de constitucionalidad, la inconstitucionalidad de diversas normas del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, y de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional, procediendo a abrir también de oficio, sendos procesos de nulidad por inconstitucionalidad de dichas normas.

57. EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA POTESTAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA REVISAR Y REVOCAR SUS PROPIOS ACTOS CUANDO SEAN INCONSTITUCIONALES: EL CASO DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS DE DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 9 de la Sala Constitucional del 1° de marzo de 2016 y N° 225 de 29 de marzo de 2016

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 369-376

Resumen: *Este artículo analiza las diversas sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, impidiéndole a la Asamblea Nacional revisar y revocar sus propios actos que considere nulos e inconstitucionales, particularmente en relación con el acto de “elección” de los magistrados del Tribunal Supremo de diciembre de 2015.*

Abstract: *This article analyses the various decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, preventing the National Assembly to review and revoke its own decisions when considering them void and unconstitutional, particularly regarding the “election” of the Justices of the Supreme Tribunal of December 2015.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Tribunal Supremo de Justicia. Magistrados.*

Key words: *National Assembly. Supreme Tribunal. Justices. Justices.*

Los demandantes en el caso antes comentado de la decisión del “*Recurso de interpretación*” abstracta de los artículos 136, 222, 223 y 265 la Constitución relativos a la aprobación o improbación de los decretos de estado de excepción por parte de la Asamblea Nacional, que fue emitida por la Sala Constitucional mediante la sentencia N° 9 de la Sala Constitucional del 1° de marzo de 2016,¹ le indicaron a la Sala, entre sus “dudas” o “incertidumbres” sobre los poderes de la Asamblea de controlar sus propios actos, en particular los de designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en las sesiones extraordinarias de la anterior Asamblea, efectuadas en diciembre de 2015 violándose la Constitución, que:

“la creación de una Comisión Especial encargada de revisar el nombramiento de Magistrados, Principales y Suplentes del Tribunal Supremo de Justicia y la posibilidad de “investigaciones” plantean también incertidumbre respecto a si estas convocatorias aplican igualmente al Poder Judicial en el marco o fuera de la Comisión Especial que podría burlar el contenido del artículo 265 de la Constitución y el procedimiento investigativo que de él se deriva concatenado con la audiencia previa a que se hace referencia en la misma.

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, en -El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016,- en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf)

Insistimos, la creación de la citada Comisión Especial y la posibilidad cierta de órdenes de comparecencia contra los funcionarios del Poder Judicial, tal como se viene haciendo contra el Ejecutivo Nacional fuera del marco del artículo 265 Constitucional estaría conspirando contra el normal funcionamiento de la administración de justicia y el normal desarrollo de tan esencial función garantista de la paz social [...].

Con base en ello, además de la viciada interpretación restrictiva de los poderes de control político de la Asamblea nacional en relación con el Gobierno y la Administración Pública, la Sala en la misma sentencia N° 9 de la Sala Constitucional del 1° de marzo de 2016, desconociendo la garantía del debido proceso, al decidir sobre la interpretación de la potestad de la Asamblea de revisar el acto de “nombramiento” de los Magistrados del Tribunal de diciembre de 2015, incurrió además en violación del más elemental principio de la administración de justicia, que es la imparcialidad, que exige que el juez, en un Estado de derecho, no puede ser, a la vez, juez y parte.

Y eso es lo que ocurrió en ese caso en el cual lo que estuvo en el centro del “debate a la sombra” que debió haberse verificado entre los propios Magistrados de Sala Constitucional que debieron haber realizado entre sí, fue decidir, ellos mismos, como “jueces” en su propia causa, sin la participación de la Asamblea Nacional, sobre si la misma podía o no revisar el “nombramiento” de algunos de ellos mismos efectuados inconstitucionalmente por la anterior Asamblea al terminar su periodo constitucional en diciembre de 2015. Es decir, decidieron ellos mismos como jueces, en una causa en la cual ellos mismos tenían interés y en definitiva eran parte.²

Las Sala Constitucional, en efecto, en la sentencia N° 9 del 1° de marzo de 2016 destacó con razón, que en las normas de los artículos 222, 223 y 224 de la Constitución donde se regula la potestad de control parlamentario de carácter político sobre el Gobierno y la Administración Pública, no se menciona control alguno sobre el Poder Judicial, pero procedió a agregar algo que es completamente falso, y es que habría un:

“control previo e interorgánico para elegir Magistrados y Magistradas (verificación por parte de la Asamblea Nacional, junto a otros órganos del Poder Público, concretamente, junto al Poder Judicial y al Poder Ciudadano, durante el proceso respectivo, referido el cumplimiento o no de los requisitos de elegibilidad), así como también a la remoción interinstitucional de los mismos, en el marco de lo previsto en el artículo 265 Constitucional, único supuesto de control posterior, por parte de esa Asamblea, sobre aquellos funcionarios que ostentan el periodo constitucional más amplio de todos: doce –12– años (art. 264 Constitucional).”

La potestad de la Asamblea Nacional para elegir, como Cuerpo Elector de segundo grado, a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 264 de la Constitución, no es ningún “control previo o interorgánico” respecto del “Poder Judicial,” como erradamente lo calificó la Sala. Ello no tiene fundamento ni sentido alguno.

La Asamblea Nacional, al hacer tal elección popular indirecta, no “controla” al Poder Judicial; simplemente elige a los magistrados del Tribunal Supremo en representación del pueblo,³ en forma indirecta. La Asamblea Nacional, al realizar la elección popular indirecta de los Magistrados, por tanto, no realiza como erradamente lo califica la Sala Constitucional, ninguna “investigación parlamentaria referidas al Poder Judicial,” y las “investigaciones” que realice sobre las personas postuladas o nominadas a los cargos, no son investigaciones “previas” algunas respecto del Poder Judicial.

² En la página web del Tribunal Supremo de Justicia, al final de la sentencia aparecen los nombres de los magistrados de la Sala: Gladys M. Gutiérrez Alvarado, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, Lourdes Benicia Suárez Anderson, entre los cuales los tres últimos fueron electos en diciembre de 2015; elección que fue objeto del *Informe de la Comisión Especial* cuyo funcionamiento motivó la sentencia. En la publicación oficial de la sentencia, sin embargo, se agregó, al final, una nota en la cual se indica que -No firman la presente sentencia los magistrados Doctores Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, quienes no asistieron por motivos justificados.- Sin embargo, nada se indicó sobre que esos magistrados se hubieran inhibido como correspondía por el conflicto de intereses, ni sobre si se hubiesen convocado a suplentes, por lo que hay que presumir que participaron en los debates y simplemente no firmaron por -motivos justificados.- Véase el texto en <http://historico.tsj.gob.ve/decisions/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público”, en *Revista de Derecho Público*, N° 140 (Cuarto Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 495-518.

Igualmente, la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo por la Asamblea Nacional conforme al artículo 265 de la Constitución, no es en sí misma un supuesto “control posterior” de la Asamblea sobre el Poder Judicial, y poco importa el período del mandato de los mismos. Se trata, en realidad, pura y simplemente, de una potestad que la Constitución asigna a quien la misma Constitución confiere la potestad política de elegir, en segundo grado y en representación del pueblo, a los magistrados, de también poder removerlos en caso de falta grave en el ejercicio de sus funciones.

Una vez electo un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, sin duda, el mismo tiene derecho a ejercer su cargo y a permanecer en el mismo por el período para el cual fue electo, tal y como quien esto escribe lo expresó hace unos años en un trabajo que citó la sentencia, sin estar:

“sujeta a la decisión de los otros poderes del Estado, salvo por los que respecta a las competencias del Tribunal Supremo de enjuiciar a los altos funcionarios del Estado. Es decir, salvo estos supuestos de enjuiciamiento, los funcionarios públicos designados como titulares de órganos del Poder Público, solo deberían cesar en sus funciones cuando se les revoque su mandato mediante referendo; por lo que los titulares de los Poderes Públicos no electos, deberían tener derecho a permanecer en sus cargos durante todo el periodo de tiempo de su mandato.”⁴

Sin embargo, ello no impide que si un funcionario cualquiera, que haya sido electo para un cargo electivo, en primer o segundo grado, se elige violándose normas constitucionales, dicha elección no pueda ser revocada.⁵ Tal sería el caso, por ejemplo, de la elección que pudiera llegar a efectuarse de una persona como Presidente de la República en violación del artículo 227 que exige como condición ineludible que tiene que ser “venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad.” En ese caso, si se llegase a elegir como Presidente de la República a una persona que no sea venezolana por nacimiento, o que siéndola tuviese otra nacionalidad para cuando fue electo, esa persona no podría en ningún caso pretender tener derecho “adquirido” a permanecer ejerciendo un cargo que constitucionalmente no puede ejercer.

Igualmente sucedería con los casos de elección popular indirecta: si una persona es electa por la Asamblea Nacional como Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, no reuniendo el electo las condiciones ineludibles que prevé el artículo 263 de la Constitución, ni efectuándose dicha elección como lo pauta el artículo 264 de la misma Constitución, en esos casos esa elección debe ser revocada. Tal sería el caso, por ejemplo, de la elección de un Magistrado del Tribunal Supremo que no sea “venezolano por nacimiento” o que siéndolo, tuviese otra nacionalidad para cuando fue electo, o que haya sido electo incumpliendo las condiciones constitucionales para la elección. En esos casos, la persona electa no podría tampoco, en ningún caso, pretender tener derecho “adquirido” a permanecer ejerciendo un cargo que constitucionalmente no puede ejercer.

En esos casos, el órgano del Estado que efectuó la proclamación o la elección no sólo tiene la potestad, sino la obligación de revocar el acto de proclamación o elección, no pudiendo alegar el electo en forma inconstitucional algún “derecho adquirido” a permanecer en un cargo que constitucionalmente no puede ejercer.

Sin embargo, la Sala Constitucional en la sentencia N° 9 de 1 de marzo de 2016, consideró en forma inconstitucional y en contra de los más elementales principios del derecho público, que la Asamblea Nacional no tiene poder alguno para controlar sobre sus propios actos y que no puede revocarlos cuando ellos sean inconstitucionales.

En efecto, la Sala Constitucional, al conocer del recurso de interpretación que se le presentó sobre los poderes de la Asamblea Nacional, entró a analizar el hecho de la designación por parte de la misma, a los

⁴ Véase en el Prólogo: -Sobre la Asamblea Nacional y la deformación de la institución parlamentaria,- al libro de Juan Miguel Matheus, *La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013; en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea9/Content/II.5.59%20PROLOGO%20LI BRO%20JUAN%20M.MATHEUS.pdf>.

⁵ El Contralor General de la República, quien es uno de los funcionarios -designados- por la antigua Asamblea Nacional sin respetarse las normas constitucionales que regulan la elección popular indirecta de los titulares de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, y quien parece que no existiera por la abstención manifiesta que ha demostrado en el ejercicio de sus funciones de control, recientemente apareció argumentando, pero por supuesto, sin fundamento legal alguno, que -no es competencia de la AN- destituir o anular el acto mediante el cual se designe a un magistrado al TSJ.- y que -la designación de magistrados en diciembre de 2015 está -total y absolutamente apegada al principio de legalidad y de supremacía constitucional del artículo 7 de la Carta Magna-. En La patilla.com, 7 de marzo de 2016, en <http://www.lapatilla.com/site/2016/03/07/contralor-general-dice-que-an-si-tiene-competencia-para-remover-magistrados-del-ts-j-vi-deo/>.

dos días de haberse instalado, el 7 de enero de 2016, de una *Comisión Especial designada para evaluar el nombramiento de Magistrados*, “en particular de los 13 titulares y 21 suplentes que fueron designados por la Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 2015,” como lo dice uno de los documentos de la Asamblea, sobre “la forma como se realizó el proceso de postulaciones, preselección y designación final de los magistrados, calificado como inconstitucional e ilegal, por no haberse cumplido con todos los requisitos de este acto legislativo, establecidos en la Constitución y la Ley del Tribunal Supremo de Justicia,” en el cual además se da cuenta de diversas opiniones entre ellas, del sector académico, planteando ante dicha Comisión que “el proceso de designación de los magistrados debe ser revocado por los graves vicios encontrados en el mismo.”

Para hacer su análisis, la Sala Constitucional, aparte de incurrir en el error de reducir las investigaciones parlamentarias que puede realizar la Asamblea, exclusivamente a los casos destinados a determinar la responsabilidad de funcionarios públicos, al analizar el proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, que calificó solo como un proceso de “selección,” ignorando la naturaleza de la intervención del órgano parlamentario en el caso, como Cuerpo Elector de segundo grado que lo que hace es una elección popular indirecta; indicó erradamente que en la materia, esa elección es:

“el último y definitivo acto –parlamentario– en esta materia, luego del examen de las postulaciones por parte del Comité de Postulaciones Judiciales, el control del Poder Popular y la primera preselección que lleva a cabo el Poder Ciudadano (artículo 264 Constitucional).”

Aparte de que el Poder Popular no es una figura constitucional, ni su intervención está prevista en el proceso de elección de los Magistrados, la consecuencia que sacó la Sala de su afirmación fue que la remoción de cualquier Magistrado solo podría hacerse:

“por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en casos de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca” (artículo 265 Constitucional).”

Pasó entonces la Sala Constitucional en su sentencia, a analizar el proceso de remoción de Magistrados regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, considerando, con razón, que la decisión pertinente que puede adoptarse en la materia por la Asamblea Nacional, “ni antes ni ahora” puede calificarse como “un acto administrativo,” siendo más bien, “un acto parlamentario sin forma de ley,” dictado “en ejecución directa e inmediata de la Constitución.”

Pero ello, solo para entrar en una deliberada confusión, al querer calificar el objeto de la *Comisión Especial designada para evaluar el nombramiento de Magistrados*, como si su propósito hubiese sido proceder a “remover” los Magistrados conforme a lo previsto en el artículo 265 de la Constitución, cuando ello no era cierto. Por eso la errada conclusión a la que arribó la Sala, de entrada, afirmando erróneamente que la Comisión Especial, por consiguiente, supuestamente tenía un:

“objetivo claramente inconstitucional y/o ilegal, al pretender revisar designaciones de altos funcionarios de otro Poder, al margen del control que le asigna la Constitución a la Asamblea Nacional y del régimen previsto para su remoción o destitución, ella y cualquier decisión o recomendación que aquélla o cualquier comisión realice es absolutamente nula y, en consecuencia, inexistente, así como cualquier decisión en la materia por parte de la Asamblea Nacional, todo ello con base en los artículos 7, 137, 138 y 139 de la Carta Magna.”

La Sala Constitucional, con estas afirmaciones quiso reducir la actuación de la Asamblea Nacional con posterioridad a la elección de los Magistrados al Tribunal Supremo, a la sola posibilidad de remoción de los mismos conforme a las previsiones constitucionales, ignorando sin embargo que la Asamblea Nacional como Cuerpo Elector, también tiene la potestad de revocar los actos parlamentarios de elección si se comprueba que al haberse adoptado se violaron las normas constitucionales establecidas para tal elección.

Por ello, dijo la Sala en su sentencia, que, con la elección de los Magistrados por la Asamblea, supuestamente “culmina su rol en el equilibrio entre Poderes Públicos para viabilizar la función del Estado agregando en una forma distorsionante, sobre la posibilidad de todo órgano del Estado de controlar sus propias decisiones y revocarlas cuando están viciadas de nulidad absoluta por inconstitucionales,” agregando que:

“Crear una atribución distinta, como sería la revisión *ad infinitum* y nueva “decisión” sobre “decisiones” asumidas en los procesos anteriores de selección y designación de magistrados y magistradas, incluida la creación de una comisión o cualquier otro artificio para tal efecto, sería evidentemente inconstitucional, por

atentar contra la autonomía del Poder Judicial y la supremacía constitucional, constituyendo un fraude hacia el orden fundamental que, siguiendo las más elementales pautas morales, no subordina la composición del Máximo Tribunal de la República al cambio en la correlación de las fuerzas político-partidistas a lo interno del Legislativo Nacional.”

Desconoció así la Sala Constitucional, en un solo párrafo, la potestad de los órganos del Estado de controlar sus propios actos; que cuando la Asamblea revisa el acto de nombramiento de un Magistrado lo que está es controlando las propias actuaciones de la Asamblea Nacional, y no del Poder Judicial; y que es perfectamente legítimo que un cuerpo de representantes del pueblo, como resultado de una elección, pueda tener una correlación de fuerzas políticas distinta y decida actuar en consecuencia revisando los actos de la anterior legislatura, si los mismos fueron dictados en violación de la Constitución. Ello ni es un fraude a la Constitución ni viola ninguna pauta moral, y nada tiene que ver la duración de los diversos períodos de los órganos del Estado; y el que haya una Comisión parlamentaria que investigue las inconstitucionalidades realizadas durante el proceso de la elección de Magistrados, en forma alguna puede calificarse como “desviación jurídica y ética” ni como “desviación de poder” alguna.

La conclusión de todas estas erradas y desviadas afirmaciones de la Sala fue proceder, sin más, a declarar, mediante la sentencia N° 9 de 1 de marzo de 2016:

“la nulidad absoluta e irrevocable de los actos mediante los cuales la Asamblea Nacional pretende impulsar la revisión de procesos constitucionalmente precluidos de selección de magistrados y magistradas y, por ende, de las actuaciones mediante las cuales creó la comisión especial designada para evaluar tales nombramientos, así como de todas las actuaciones derivadas de ellas, las cuales son, jurídica y constitucionalmente, inexistentes.”

Agregando que “no es inadvertido para esta Sala que una de las probables consecuencias de crear la referida ‘Comisión Especial de la Asamblea Nacional para revisar el nombramiento de los Magistrados Principales y Suplentes designados en diciembre de 2015’, sería la de pretender dejar sin efecto la designación de los Magistrados para los cuales fue creada la mencionada Comisión, en ejercicio de un manifiesto fraude constitucional a la luz del contenido del artículo 265 del Texto Fundamental,” pero sin decir, la Sala, que entre los Magistrados cuya irregular designación estaba estudiando la Comisión de la Asamblea, estaban unos que eran los que estaban dictando la sentencia. Fueron jueces y parte en el proceso, sin que nadie en la Asamblea Nacional pudiese expresar siquiera una opinión adversa a lo que pretendían los demandantes, en evidente colusión con los magistrados sentenciadores, violando la garantía constitucional al debido proceso. Desconoció, así, la Sala Constitucional, la competencia que tiene la Asamblea Nacional para revocar sus propias decisiones, como incluso se establece en el artículo 90 de su Reglamento Interior y de Debates, al disponer que “Las decisiones revocatorias de un acto de la Asamblea Nacional, en todo o en parte, requerirán del voto de la mayoría absoluta de los presentes,” lo que de acuerdo con la norma, no sólo procede en caso de vicios de nulidad absoluta, como es la violación de formalidades esenciales, pudiendo procederse también a la revocación en casos de “error o por carencia de alguna formalidad no esencial” con el voto de la mayoría de los presentes.

La Sala Constitucional, en su razonamiento, sin embargo, mezcló deliberada y erradamente esta potestad de revocación de los actos de la Asamblea, con la revocación de los actos administrativos conforme al artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ignorando que esa norma no se aplica cuando se trata de revocación de actos parlamentarios sin forma de ley, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como es el caso de elección popular de segundo grado de Magistrados del Tribunal Supremo; y menos se puede argumentar en un Estado de derecho, que si la elección de un Magistrado por la Asamblea Nacional se hubiese realizado violando la Constitución, dicho Magistrado así inconstitucionalmente electo, tendría un inexistente “derecho adquirido” a permanecer inconstitucionalmente en un cargo para el cual no podía ser electo. En fin, desconociendo la Constitución, confundiendo la posibilidad de legítima revocación por la Asamblea de su propio acto de elección de un Magistrado del Tribunal Supremo dictado en contra de la Constitución, con la “remoción” de Magistrados, la Sala Constitucional concluyó afirmando que:

“la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, principales y suplentes, en el que también participan el Poder Ciudadano y el Poder Judicial (este último a través del comité de postulaciones judiciales que debe designar –art. 270 Constitucional–), pues además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes, ello sería tanto como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes

de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de –supuestas– faltas –graves– no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución (ver art. 265 Constitucional).”

Así, la Sala Constitucional simplemente, le cercenó a la Asamblea Nacional su potestad de revisar la constitucionalidad de sus propios actos y de revocarlos cuando determine que están viciados por violación a la Constitución. Ello lo ratificó posteriormente la propia Sala Constitucional con otra sentencia, la N° 225 de 29 de marzo de 2016 dictada con motivo de un recurso de nulidad parcial intentado por un abogado, el 13 de enero de 2016, contra el Acuerdo de la Asamblea de 23 de diciembre de 2015, de designación de diversos Magistrados del Tribunal Supremo, alegando cuestiones relativas a falta de condición moral y la honorabilidad, así como de competencia para el ejercicio de dichas funciones en violación de la normativa constitucional que rige tales designaciones. La Sala Constitucional, con motivo de declarar inadmisibile el recurso intentado, por supuesta falta de fundamentación y de paso sancionar con multa al recurrente por haber “irrespetado” a los Magistrados del Tribunal Supremo, ratificó lo que ya había resuelto en la sentencia N° 9 de 1 de marzo de 2016 en el sentido de cercenarle a la Asamblea Nacional su potestad de auto tutela sobre sus propios actos, cuando estén viciados de nulidad, en particular, revocar las designaciones de los Magistrados del Tribunal Supremo hechos en violación de la Constitución. La Sala, en efecto, en esa sentencia N° 255 de marzo de 2016, desvirtuó la función de la Asamblea Nacional como Cuerpo elector de segundo grado en la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, considerando que la misma solo participaba “en los procesos complejos e interinstitucionales de designación y remoción de magistrados y magistradas de este Máximo Tribunal, conforme lo pautan los artículos 264 y 265 Constitucional,” y que “en lo que a ello respecta, allí culmina su rol en el equilibrio entre Poderes Públicos para viabilizar la función del Estado.” Todo ello, para concluir indicando de nuevo, sin fundamentación constitucional alguna, lo expresado en la anterior sentencia N° 9 de 1 de marzo de 2016, sobre que “la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados” del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186523-225-29316-2016-16-0042.HTML>.

58. EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DEL PODER DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA LEGISLAR.

Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional N° 259 de 31 de marzo de 2016, N° 264 de 11 de abril de 2016, N° 269 de 21 de abril de 2016, N° 341 de 5 de mayo de 2016, N° 343 de 6 mayo 2016, y N° 460 de 16 de junio de 2016.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 377-428

Resumen: *Este artículo tiene por objeto comentar críticamente las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante las cuales le ha quitado a la Asamblea Nacional su potestad de legislar, mediante la declaración de inconstitucional de todas las leyes sancionadas en el primer semestre de 2016.*

Abstract: *This Paper analyses with a critical approach the rulings of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal through which it has eliminated the power of the National Assembly to legislate, by declaring unconstitutional all the statutes sanctioned during the First Semester of 2016.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Legislación. Control de Constitucionalidad.*

Key words: *National Assembly. Legislation. Judicial review.*

Desde que se instaló la Asamblea Nacional en Venezuela el 5 de enero de 2016, la misma no pudo cumplir su función de legislador. Todas, absolutamente todas las leyes que ha sancionado han sido declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al ejercer el control previo de constitucionalidad que regula el artículo 214 de la Constitución a solicitud del Presidente de la República, antes de promulgarlas. Como lo observó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro en el *Informe* que con fecha 30 de mayo dirigió al Consejo Permanente de la Organización conforme al artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, “a pesar de que la oposición en Venezuela cuenta con una amplia mayoría en la Asamblea Nacional, las leyes que ésta aprueban encuentran trabas bajo el fundamento de que son ‘inconstitucionales.’”¹

Ello sucedió con las siguientes leyes: Ley de reforma parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, Ley de Bono para Alimentación y Medicinas a Pensionados y Jubilados, Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público, y Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud; que fueron consideradas todas como sancionadas sin seguirse la “reglamentación” hecha judicialmente del régimen interior y de debates de la propia Asamblea nacional “impuesto por la Sala a la Asamblea.

¹ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, p. 54. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

I. LA SENTENCIA DE MUERTE DEL PODER LEGISLATIVO EN VENEZUELA Y EL CONTROL POLÍTICO DE LA LEGISLACIÓN POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL: EL CASO DE LA REFORMA DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 259 de 31 de marzo de 2016,² declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela sancionada por la Asamblea Nacional el 3 de marzo de 2016, con la cual definitivamente procedió a dictar la sentencia de muerte de la Asamblea Nacional, como Poder Legislativo.

Después de esta sentencia y de las que siguieron puede decirse que nunca más bajo el régimen actual, la Asamblea podrá ejercer libremente, como representante del pueblo, su función política de legislar, pues habrá siempre un órgano que se considera supra constitucional que es el que se ha arrogado la potestad de juzgar la política que aplique el órgano político del Estado por excelencia, que es el parlamento.

El tema es de primera importancia institucional en Venezuela, pues puso en una encrucijada al órgano legislativo, que siendo el único con legitimidad democrática renovada en diciembre de 2015, ha estado en situación de perderla si no impone la voluntad popular que representa, conforme a la Constitución, sobre los demás órganos del Estado.

La Ley del Banco Central de Venezuela, en efecto, dictada inicialmente en 2001, luego de varias reformas, la última de 2010, fue objeto de una precipitada reforma el 30 de diciembre de 2015 (como ocurrió con otras muchas leyes), efectuada mediante decreto ley por el Ejecutivo Nacional, luego de que por el voto popular del 6 de diciembre de 2015 cambió la orientación política de la Asamblea Nacional, la cual pasó a estar controlada por la oposición.

Con tal motivo, en las otras instancias del Estado Totalitario que quedaban controladas por el gobierno, como antes destacamos, se desplegó un inusitada labor legislativa, habiéndose dictado entre el 28 y el 29 de diciembre de 2015, varias decenas de leyes por la Asamblea Nacional y otro tanto de decretos leyes por el Presidente de la República, con base en una delegación legislativa que había sido aprobada mediante Ley habilitante para la defensa de la soberanía nacional en 6 de julio de 2015,³ y cuyo término de vigencia era el 31 de diciembre. En ese desenfrenado proceso legislativo, la gran mayoría de dichas leyes en realidad fueron reformas de leyes que ya estaban en vigencia; y tuvieron por objeto, en vista del cambio político operado en la composición de la Asamblea Nacional, en varios casos el cercenarle las atribuciones que ésta última tenía asignadas mediante leyes. Es decir, como la Asamblea Nacional a partir de enero de 2016 comenzaba a estar controlada por la oposición, el Poder Ejecutivo estimó que había que quitarle todas las competencias que pudieran significar algún control por parte de la misma en relación con el gobierno.

Y así fue que entre las leyes reformadas el 30 de diciembre de 2015, en ese caso mediante decreto ley (N° 2.179)⁴ dictado por el Presidente de la República, estuvo la mencionada Ley del Banco Central de Venezuela, que había sido inicialmente sancionada en 2001 y cuya última reforma se había producido en 2010,⁵ que era la que había venido rigiendo dicha institución durante los cinco años precedentes, en particular, en lo que se refiere a las relaciones entre el banco Central y los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en un todo conforme a lo que se dispuso en la Constitución de 1999.

1. *El régimen de la participación de la Asamblea Nacional en el funcionamiento del Banco Central de Venezuela conforme a la Constitución a la legislación sancionada desde 2001*

En efecto, en la Constitución de 1999 se incluyó en la Disposición Transitoria Cuarta, un numeral 8, en el cual se asignó a la Asamblea Nacional la competencia, relativa a la sanción de “*La ley a la cual se ajustará el Banco Central de Venezuela*” estableciéndose que:

“Dicha ley fijará, entre otros aspectos, el alcance de las funciones y forma de organización del instituto; el funcionamiento, período, *forma de elección, remoción, régimen de incompatibilidades y requisitos para la designación de su Presidente o Presidenta y Directores o Directoras*; las reglas contables para la

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279>. HTML Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -La sentencia de muerte de la Asamblea Nacional. El caso de la nulidad de la Ley de reforma del BCV. Marzo 2016,- en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf>.

³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.701 del 13 de julio de 2015.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.211 Extra. de 30 de diciembre de 2015.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.419 de 7 de mayo de 2010.

constitución de sus reservas y el destino de sus utilidades; la auditoría externa anual de las cuentas y balances, a cargo de firmas especializadas, seleccionadas por el Ejecutivo Nacional; y el control posterior por parte de la Contraloría General de la República en lo que se refiere a la legalidad, sinceridad, oportunidad, eficacia y eficiencia de la gestión administrativa del Banco Central de Venezuela.

La ley establecerá que el Presidente o Presidenta y demás integrantes del Directorio del Banco Central de Venezuela representarán exclusivamente el interés de la Nación, *a cuyo efecto fijará un procedimiento público de evaluación de los méritos y credenciales de las personas postuladas a dichos cargos.*

La ley establecerá que al Poder Ejecutivo corresponderá *la designación del Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus Directores o Directoras; y establecerá los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de estas autoridades.*

En esta norma constitucional, en consecuencia, el Constituyente dejó exclusivamente en manos del Legislador el establecimiento del régimen legal del Banco Central de Venezuela, en lo que se refiere a sus relaciones con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, particularmente para la designación de sus altos funcionarios, así:

1. Establecer la forma de elección, de remoción, el régimen de incompatibilidades y los requisitos para la designación de su Presidente y Directores del Banco Central de Venezuela.
2. Establecer el procedimiento público de evaluación de los méritos y credenciales de las personas postuladas a los cargos de Presidente y Directores del Banco Central de Venezuela.
3. Establecer que al Poder Ejecutivo le corresponderá designar al Presidente del Banco Central de Venezuela.
4. Establecer que al Poder Ejecutivo le corresponderá designar al menos, la mitad de sus Directores del Banco Central de Venezuela.
5. Establecer los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de estas autoridades

Estas previsiones constitucionales fueron concebidas para asegurar, mediante la regulación de la participación de la Asamblea Nacional en relación con la designación de los altos funcionarios del Banco, la autonomía e independencia del Banco Central de manera de garantizar, como lo dispone el artículo 320, que el mismo “no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias;” y ello, asegurando el equilibrio necesario entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Con base en estas previsiones, la Asamblea Nacional legisló sobre la materia desde 2001, con reformas posteriores de 2005 y 2009, siendo la última antes de 2015, la de mayo de 2010, que es la que estaba vigente para diciembre de 2015, asegurando siempre el régimen de la “participación” de la Asamblea Nacional en la designación y remoción del Presidente y miembros del Directorio del Banco Central, con las siguientes regulaciones:

1. En el artículo 9 se dispuso la participación de la Asamblea Nacional en la designación del Presidente del Banco Central por el Presidente de la República, al disponerse que dicho nombramiento debía ser “*ratificado por el voto de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional.*” Se agregó además que *si la Asamblea Nacional rechazase “sucesivamente a dos candidatos propuestos por el Presidente de la República,” éste entonces debía designar al Presidente del Banco, designación que la Asamblea Nacional debía ratificar.*”

2. En el artículo 14 se estableció que en los casos de nueva designación del Presidente del Banco Central por falta absoluta, el Presidente de la República debía someter “*a la consideración de la Asamblea Nacional la nueva designación en los términos previstos en esta Ley.*”

3. En el artículo 15 se dispuso que el Presidente de la República debía someter “*a la consideración de la Asamblea Nacional la respectiva designación para el cargo de Presidente del Banco, para lo cual se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.*”

4. En el artículo 16 se ratificó la disposición que establecía desde 2001 que correspondía al Presidente de la República designar a cuatro de los seis directores del Directorio del Banco y que correspondía “*a la Asamblea Nacional la designación de dos Directores, mediante el voto de la mayoría de sus miembros.*” La norma agregaba que para el caso de *los Directores designados por la Asamblea Nacional*, el procedimiento debía contemplar “un registro de por lo menos el triple de los cargos vacantes que deban cubrirse.”

5. En el artículo 17 se estableció que la *Asamblea Nacional* debía conformar “un comité de evaluación de méritos y credenciales, encargado de verificar y evaluar las credenciales y los requisitos de idoneidad de los candidatos al directorio.” Dicho Comité *debía* “estar integrado por dos representantes electos por la *Asamblea Nacional*, dos representantes designados por el *Ejecutivo Nacional*, y un representante *escogido por la Academia Nacional de Ciencias Económicas*.”

6. En el artículo 26 se dispuso que en el caso de que se formule una solicitud de remoción de los miembros del Directorio del Banco, la misma debía ser enviada al Directorio, el cual, debía remitir “las actuaciones a la *Asamblea Nacional* para su correspondiente decisión, agregando que “*La remoción debía adoptarse con el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional*.”

7. En el artículo 27 se dispuso que en los casos de “*incumplimiento sin causa justificada del objetivo y las metas del Banco*” ello daría “lugar a la remoción del Directorio, mediante *decisión adoptada por la Asamblea Nacional* con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, presentes.”

2. *La precipitada reforma de la Ley del Banco Central mediante decreto ley de 30 de diciembre de 2015 para restarle competencias a la Asamblea Nacional, y su restablecimiento mediante reforma sancionada por la nueva Asamblea nacional en marzo de 2016*

Lo anteriormente indicado era el régimen que existía para diciembre de 2015, el cual luego de verificada la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015 pasando la oposición al gobierno a controlar la mayoría de la Asamblea Nacional, fue reformado por el Presidente de la República mediante Decreto Ley N° 2.179 de 30 de diciembre de 2015,⁶ para lo cual no tenía competencia alguna conforme a la Ley habilitante de marzo de 2015, antes comentada; reforma mediante la cual, pura y simplemente procedió a eliminar todo el régimen de la participación de la Asamblea Nacional en la designación de los altos funcionarios del Banco Central, conforme a la legislación vigente desde 2001, regulando en sustitución lo siguiente:

1. En el artículo 9, se eliminó toda participación de la Asamblea Nacional en el proceso de designación del Presidente del Banco Central por el Presidente de la República, que consistía en su potestad de ratificar la designación, y se dispuso pura y simplemente que el Presidente de la República designa al Presidente del Banco Central de Venezuela, sin que la Asamblea Nacional tenga participación alguna en la designación.

2. En el artículo 14 se eliminó toda participación de la Asamblea en los casos de nueva designación del Presidente del Banco Central en los casos de falta absoluta, quedando el procedimiento totalmente en manos del Presidente de la República.

3. En el artículo 15 se eliminó la disposición que exigía al Presidente de la República someter a la consideración de la Asamblea Nacional la designación para el cargo de Presidente del Banco.

4. En el artículo 16 se eliminó la atribución de la Asamblea Nacional de designar dos de los seis Directores del Banco Central de Venezuela, atribuyéndose al Presidente de la República la potestad exclusiva de designar todos los Directores del Directorio del Banco.

5. En el artículo 17 se eliminó la previsión de que un representante del comité de evaluaciones de méritos y credenciales para la designación de los Directores del Banco fuera un representante escogido por la Academia Nacional de Ciencias Económicas, quedando en consecuencia integrado con mayoría designada por el Poder Ejecutivo.

6. En el artículo 26 se eliminó la participación de la Asamblea Nacional para decidir sobre la remoción de los miembros del Directorio del Banco, quedando el procedimiento exclusivamente en manos del Presidente de la República.

7. En el artículo 27 se eliminó la competencia asignada a la Asamblea Nacional, para decidir sobre la remoción del Directorio del Banco Central en los casos de incumplimiento sin causa justificada del objetivo y las metas del Banco, asignándose ello exclusivamente al Presidente de la República.

La reforma, por supuesto, tuvo una clara motivación política, derivada del control que con las elecciones del 6 de diciembre asumió la oposición respecto de la Asamblea Nacional, y un claro objetivo político, que fue quitarle, por ello, a la Asamblea Nacional toda participación en el proceso de designación y remoción de los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela. Y así fue.

En consecuencia, en virtud de que conforme al artículo 218 de la Constitución, las leyes se derogan por otras leyes, la Asamblea Nacional, una vez instalada el 5 de enero de 2015, procedió a discutir la Ley de reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela, sancionada el 3 de marzo de 2016, *con el único y exclusivo*

⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

propósito político, por supuesto, de restablecer sus atribuciones que le habían sido cercenadas por el Ejecutivo Nacional en diciembre de 2015, y que estaban en la legislación anterior a 2015, conforme lo autoriza la Constitución.

La Asamblea Nacional, como órgano de representación popular, es el órgano político por excelencia dentro de la organización del Estado, teniendo, por tanto, la reforma de la Ley del Banco Central que sancionó, sin duda, una clara e inevitable motivación política, que fue la de restablecer las competencias constitucionales asignadas a la Asamblea en relación con el Banco Central de Venezuela las cuales habían sido desarrolladas mediante Ley desde 2001, y que le habían sido cercenadas por el Ejecutivo Nacional mediante el decreto ley de 30 de diciembre de 2015.

Dicha decisión ejecutiva, sin duda, también fue dictada con manifiesta motivación política, aun cuando en ese caso desconociendo la Constitución, al perder el gobierno las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015. Y así, al pasar la Asamblea Nacional a estar conformada políticamente por mayoría de diputados de la oposición, buscar impedir que la misma pudiera participar en el proceso de designaciones de las autoridades del Banco Central para, en cambio, asegurar la actuación exclusiva del Ejecutivo en esos procesos, sin control político, y con ello, la subordinación del Banco al Ejecutivo Nacional que es lo que precisamente buscó evitar la Constitución, al asegurar la participación de la Asamblea en esos procesos.

3. *La solicitud de “control de constitucionalidad” de la ley por haber sido dictada con motivación política, o sea, por “desviación de poder”*

La Ley de reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela de 3 de marzo de 2016, fue enviada al Poder Ejecutivo para su ejecutarse y promulgación, con base en lo establecido en el artículo 214 de la Constitución, que regula el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, que permite al Presidente de la República remitir la Ley sancionada a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo para solicitarle un pronunciamiento si considera que la misma o algunos de sus artículos son inconstitucionales.

Y así fue que el Presidente de la República el día 17 de marzo de 2016 remitió a la Sala Constitucional el asunto, y la Sala Constitucional mediante sentencia N° 259 de 31 de marzo de 2016,⁷ declaró inconstitucional la mencionada Ley de Reforma Parcial que sancionó la Asamblea Nacional en fecha 3 de marzo de 2016, declarando además, que “se preserva la vigencia del Decreto Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela,” dictado por el propio Presidente el 30 de diciembre de 2015, que le había cercenado sus funciones a la Asamblea Nacional en relación con el Banco Central.

Tal como se reseña en la propia sentencia, la solicitud del Presidente de la República, básicamente lo que denunció fue que “el móvil político no puede ser *per se* un motivo para dictar una ley,” y que “imponer desde el Poder Legislativo un dominio no contenido en el mandato de sus electores es, a todas luces, un fraude a la Constitución,” agregando que “no cabe duda que la motivación de la reforma propuesta por la bancada opositora de la Asamblea Nacional es netamente política,” motivada por “el cambio de orientación política de la Asamblea Nacional,” buscando “dar control a la Asamblea Nacional en la designación de los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela.” (BCV).

En fin, argumentó el solicitante que “no cabe duda [de] que los motivos del proyecto presentado son políticos y tienen que ver con la toma de poder de la Asamblea Nacional sobre todos los espacios de la vida económica.”

El Presidente además argumentó, justificando la reforma que había hecho en diciembre de 2015 mediante decreto ley, que con ella supuestamente buscó mantener “la proporción exigida en la Constitución respecto de la participación de la Asamblea Nacional en la designación de las autoridades del Banco Central de Venezuela, corriendo (*sic*) el criterio establecido con anterioridad según el cual se cedió a la Asamblea Nacional la atribución para la designación de dos (02) miembros del Directorio,” lo que estimó “excedía, a todas luces, la exigencia constitucional de dar participación al Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de dicho Directorio.” Para ello argumentó el Presidente ante la Sala, que la Constitución no confería a la Asamblea Nacional poder para “designar a una parte del Directorio, sino sólo que debe ‘participar’ en ello,” y con ello, supuestamente contribuir “a la disminución de su autonomía [del Banco Central], al pretender la Asamblea Nacional incorporar nuevamente un esquema que demostró ser inoperante.”

⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279>. HTML.

El Presidente, sin embargo, no indicó nada sobre inconstitucionalidad de la ley o de alguno de sus preceptos, sino en general lo que solicitó de la Sala Constitucional, a la cual calificó como “Tribunal Constitucional,” fue que “evaluada los síntomas del distanciamiento de la actividad parlamentaria respecto a (*sic*) los preceptos finalistas de la Constitución, para evitar el peligro [de] que el Parlamento abuse del espacio que ella misma ha reservado o habilitado al Legislador como órgano central del proceso político,” buscando que ejerciera un control de “desviación de poder” respecto de la actividad legislativa del parlamento, “que implica para su configuración que el acto haya sido dictado con un fin distinto al previsto por el Constituyente,” en este caso, supuestamente:

“desviando hacia el cumplimiento de ofertas electorales efectuadas en la campaña de la bancada opositora en diciembre de 2015, según las cuales la ‘nueva’ Asamblea Nacional vendría a ‘gobernar’. Preocupa en gran manera al suscrito el afán del cuerpo legislativo nacional por crear ante la opinión pública la sensación de asumir por completo el ejercicio del Poder Público Nacional, pretendiendo generar la idea de un Poder Legislativo superior y condicionante fatal del ejercicio de las competencias del resto de los Poderes.”

Para analizar la constitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela de 3 de marzo de 2016, la Sala en síntesis se refirió a las denuncias formuladas por el Presidente, que fueron, *primero*, la de que el Órgano Legislativo Nacional había actuado “con desviación de poder,” supuestamente porque “la finalidad de la reforma es la de asegurar el control del Banco Central de Venezuela por parte del grupo parlamentario de la Asamblea Nacional que actualmente ostenta la mayoría de los diputados que la integran;” *segundo*, que “conferirle a la Asamblea Nacional atribución para designar las autoridades del Banco Central de Venezuela, excede la exigencia establecida” en la Constitución que solo habla de “participar” en la designación; *tercero*, que la reforma “menoscaba la autonomía del Banco Central de Venezuela, al pretender limitar sus funciones e impedir el logro de los objetivos de la política macroeconómica diseñada por el Gobierno Nacional;” y *cuarto*, que la reforma “quebranta el principio de separación de poderes.”

4. *El control distorsionado de constitucionalidad de la Ley*

Luego de analizar la historia de las regulaciones sobre el Banco Central de Venezuela, y las normas que aseguran su autonomía en la Constitución y su no subordinación al Poder Ejecutivo Nacional, la Sala Constitucional planteó una premisa falsa e inconstitucional para su análisis y es que supuestamente por:

“la autonomía que le consagra la Constitución, el *Banco Central de Venezuela está obligado a dirigir sus políticas en función del Plan Nacional de Desarrollo y coadyuvar con el Ejecutivo Nacional como organismo técnico en el diseño y ejecución de las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales*” (destacado en el original).

Y ello es falso, pues en la Constitución no hay norma alguna que prevea que hay un Plan Nacional que sea obligatorio para el Banco Central de Venezuela, ni que el mismo sea un “organismo técnico” que tiene que “coadyuvar al Ejecutivo Nacional” en el “diseño y ejecución de las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales.”

A la Sala Constitucional en realidad como que se le olvidó leer la norma de la Constitución que le asigna al Banco Central el ejercicio exclusivo y obligatorio de “las competencias monetarias del Poder Nacional,” siendo su “objetivo fundamental lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria;” (art. 318); siendo el Banco Central el que debe ejercer “sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación,” (art. 318), teniendo entre sus funciones “las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales,” (art. 318), debiendo en todo caso “rendir cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional” (art. 319).

Para ello, como se decidió en la sentencia N° 1.115 de 16 de noviembre de 2010 de la misma Sala Constitucional que se cita en la sentencia, “la opción del constituyente de dar rango constitucional a la autonomía del Banco Central, es el resultado necesario de las funciones atribuidas a los bancos centrales y de la experiencia histórica a nivel mundial al respecto, donde la eficiencia en el logro de los objetivos es inversamente proporcional a la posibilidad del Poder Ejecutivo de imponer sus políticas económicas de forma unilateral.” Ello, por supuesto, no impide como lo indicó la Sala en la sentencia, que “entre el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela, se desarrolle un funcionamiento armónico, de coordinación y colaboración sin que exista conflictos de intereses.”

Nada más indicó la sentencia sobre el Banco, y después de analizar el régimen legal de los bancos centrales en muchos países, a lo que arribó fue a la conclusión de que “a nivel mundial corresponde fundamentalmente al Poder Ejecutivo el nombramiento de las autoridades de los Bancos Centrales y, que en mayor o menor medida, el Poder Legislativo participa de esa designación fundamentalmente controlando que los extremos, condiciones o requisitos legales establecidos en la legislación se cumplan a través de un acuerdo o ratificación de dichos nombramientos;” pero que “los integrantes de los directorios de los Bancos Centrales sean designados por los Ejecutivos Nacionales.”

Luego del análisis de “derecho comparado” la Sala Constitucional pasó a considerar el proceso de elección popular indirecta de las altas autoridades de los Poderes Judicial, Electoral y Ciudadano, considerando que en esos casos, “la participación de la Asamblea Nacional no tiene carácter absoluto e incluso puede ser sustituida por la voluntad del popular;” de lo que concluyó la Sala, sin saberse cómo y porqué, y en contra del texto expreso de la Constitución, que “es incoherente con el Texto Constitucional que la Asamblea Nacional pueda nombrar miembros del directorio del Banco Central de Venezuela sin el concurso de otro Poder Público.”

No captó la Sala Constitucional que el proceso de elección popular en segundo grado de los titulares de los Poderes Judicial, Electoral y Ciudadano, por la Asamblea Nacional como Cuerpo elector, fue dispuesto para garantizar la legitimidad democrática de dicha elección popular, y que nada tiene que ver con la designación de miembros del directorio del Banco Central; no teniendo fundamento constitucional alguno solo considerar “aceptable la participación de la Asamblea Nacional en el proceso de nombramientos [de los directores del Banco] (por ejemplo, a través de la integración del Comité de Evaluación de Credenciales de los Postulados).”

De todo lo anterior, la Sala concluyó pura y simplemente, desconociendo lo que establece la Constitución y lo que estuvo regulado durante quince años, que “la Asamblea Nacional ostenta la función contralora política del Banco Central de Venezuela,” pero ahora considerando que con “la posibilidad de nombramiento de los miembros del directorio implicaría una intromisión en la administración activa del Banco y un conflicto de interés que no garantiza tales principios.”

Por ello, al analizar el contenido de la reforma, la Sala apreció que la modificación de la ley:

“se centró en el otorgamiento a la Asamblea Nacional de competencias para ratificar la designación del Presidente o Presidenta del Ente Emisor realizada por el Presidente de la República (Artículos 9, 14 y 15), así como conferirle facultad para la designación de dos Directores (Artículo 16). Incluir dentro de las funciones del Presidente del Banco Central comparecer ante la Asamblea Nacional para rendir cuentas de su gestión (Artículo 10). Otorgarle al Parlamento Nacional competencia para conformar el Comité de Evaluación de Méritos y Credenciales que verificará la idoneidad de los aspirantes a integrar el Directorio del Banco Central (Artículo 17). Atribuirle a la Asamblea Nacional competencia para remover a cualquiera de los miembros del Directorio del Instituto Emisor, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes presentes (Artículos 26 y 27). Permitirle a la Asamblea Nacional o a sus Comisiones el acceso a información y documentos calificados como secretos o confidenciales por el Banco Central, así como, solicitar la comparecencia del Presidente del Banco (Artículos 42 y 92).”

Partiendo del principio de que si bien “el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para desarrollar los preceptos constitucionales a través de las diversas leyes según los procedimientos y parámetros exigidos,” la Sala sin embargo precisó que si “la Asamblea Nacional decide legislar sobre determinada materia, debe hacerlo de conformidad con los mandatos que la Constitución impone, ya que el Poder Legislativo, como el resto de los poderes públicos, se encuentra sujeto al Texto Fundamental;” y con base en ello pasó a determinar si la Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión ordinaria del 3 de marzo de 2016, resultaba “acorde con la normativa constitucional,” entendiendo que la Constitución “con respecto a la designación del Presidente y los directores del Banco Central de Venezuela, [...] señala de manera clara que su designación corresponderá al Poder Ejecutivo (del Presidente o Presidenta y la mitad, al menos, de sus directores o Directoras) y que la Asamblea Nacional podrá participar en su designación y ratificación.”

Y para ello recurrió la Sala a distinguir el término “designación,” que consideró se refiere a “instituir a las personas que ejercerán los cargos mencionados,” del término “participar” que entendió que se refiere a quien solo “colabora, coopera, ayuda, contribuye o interviene,” deformando lo que indica el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, que cita, donde participar es: “*Tomar una parte en una cosa*” Y “ser parte de,” es eso, al contrario, “ser parte de,” y no “colaborar con,” o “ayudar a” o “contribuir con” o “intervenir en,” *que es otra cosa*. Y por eso, la errada interpretación constitucional que realizó la Sala, en el sentido de que:

“La participación de la Asamblea Nacional en la designación y ratificación del Presidente y demás integrantes del Directorio del Banco Central de Venezuela no puede ser entendida como el ejercicio de una competencia compartida con el Poder Ejecutivo, ni que dicha participación implique una subrogación en el ejercicio de dichas competencias.”

De ello, concluyó la Sala sin mayor argumentación, que los artículos 9, 14 y 15 de la Ley que establecen que el Órgano Legislativo Nacional debe ratificar la designación del Presidente del Banco Central realizada por el Jefe del Ejecutivo Nacional, así como designar a dos de sus directores, “contravienen lo establecido en el cardinal octavo de la Disposición Transitoria Cuarta del Texto Fundamental.”

5. *El control de la función legislativa por “desviación de poder” o el fin de la función de legislar con motivación política*

Pero no se quedó allí la Sala, en pura cuestión de constitucionalidad, aún cuando con base y enfoque errado, sino que pasó a considerar el planteamiento del Presidente de la República, de que al sancionar la reforma:

“la Asamblea Nacional actuó con desviación de poder, por cuanto la finalidad de la reforma es asegurar el control del Banco Central de Venezuela por parte del grupo parlamentario de la Asamblea Nacional que actualmente ostenta la mayoría de los diputados que la integran, más allá de las competencias que le confiere el Texto Constitucional, con el propósito de atentar en contra de las acciones de protección al Pueblo que el Ejecutivo Nacional adelanta en defensa del ataque económico que se perpetra en contra del País.”

Para analizar este alegato, la Sala Constitucional, con todo el cinismo imaginable, procedió a hacer un “análisis comparativo” entre la reforma efectuada por el decreto ley del Presidente del República el 31 de diciembre de 2015 y la reforma efectuada por la Asamblea Nacional el 3 de marzo de 2016, pero sin decir, que con la reforma de 2016 lo que la Asamblea Nacional hizo fue simplemente volver al articulado de la Ley que estuvo vigente entre 2001 y 2015 (incluido en la última reforma anterior de 2010), y que el Poder Ejecutivo arbitrariamente cambió solamente para restarle poder a la Asamblea Nacional.

Esa regulación fue la que estableció la participación de la Asamblea Nacional en el proceso de designación del Presidente del Banco Central de Venezuela, a través de la figura de la ratificación, así como la posibilidad para la Asamblea Nacional de designar dos miembros del Directorio del Banco, de removerlos, y conformar el comité que evaluará los méritos y credenciales de los candidatos al Directorio; todo lo cual siempre estuvo vigente y nunca se consideró “contraria a lo previsto” en la Constitución.

Esas competencias fueron las que eliminó el Presidente de la República en su reforma mediante decreto ley de diciembre de 2015 al perder su gobierno el control de la Asamblea, y las que a su vez la nueva Asamblea restableció en la Ley sometida a la Sala Constitucional. Esas regulaciones fueron las que precisamente ahora, la Sala Constitucional consideró “contrarian a lo previsto” en la Constitución.

Adicionalmente la Sala destacó que la Asamblea había agregado un “nuevo numeral para establecer como función del Presidente del Banco, comparecer para rendir cuentas de su gestión ante la Asamblea Nacional cuando así sea requerido,” disposición que recoge lo que dice el artículo 319 de la Constitución (el Banco “rendirá cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional”), pero que la Sala, como si sus sentencias prevalecieran sobre la Constitución, es este caso dijo “que contraviene el criterio establecido por esta Sala Constitucional en sentencia N° 9 del 1 de marzo de 2016, mediante la cual se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad, determinados artículos de la Ley Sobre el Régimen de Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las particulares, ante la Asamblea Nacional y sus Comisiones, así como del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, relacionados con la asistencia de los funcionarios ajenos al Ejecutivo Nacional.”

Y luego de constatar cuáles fueron las reformas, que no fueron otras que adoptar los mismos principios y normas que estuvieron vigentes hasta 2015, la Sala simplemente concluyó juzgando al legislador por “desviación de poder,” (la ley “está incurso en el vicio de desviación de poder”) afirmando que:

“del contenido de las normas reformadas, resulta evidente que el propósito de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, es la de asegurar, por parte de la mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional, el control político del Instituto Emisor, lo cual riñe con los fines constitucionalmente previstos en los artículos 318 y 319 del Texto Fundamental.”

Y para rematar el cinismo, y pretender justificar aún más el juicio por “desviación de poder” del Legislador, la Sala agregó que “los actos legislativos que pueden interferir con las acciones del Ejecutivo

Nacional durante la vigencia de un Estado de Emergencia Económica válidamente declarado pueden hacer nugatorias intencionalmente las funciones del Ejecutivo Nacional, evidenciándose una desviación de poder, en los términos que se justifican en el presente fallo.”

La Sala, concluyó su sentencia, declarando que “por razones de seguridad jurídica,” le confería “pleno valor a las decisiones tomadas por el Directorio del Banco Central de Venezuela, *con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015*, el cual preserva su vigencia;” declaración incomprensible, pues nadie había impugnado algún acto jurídico del Directorio del Banco Central, y mucho menos dictado antes del 30 de diciembre de 2015; y el caso se refería solo a la constitucionalidad de una reforma de la Ley de marzo de 2016, que nunca entro en vigencia pues fue sometida a la revisión de la Sala antes de su promulgación.

Por supuesto, la Sala Constitucional, para dictar esta sentencia, ni siquiera se paseó por la idea de determinar en qué consistía el vicio de desviación de poder en el derecho venezolano, que solo afecta un acto cuando al dictarlo el órgano que lo dictó busca un fin distinto al establecido en la Constitución y la ley. El clásico ejemplo del policía, que, teniendo el poder de arrestar personas por breves horas en casos de determinadas faltas al orden público, lo utiliza para privar de libertad a un enemigo, sin que medie falta alguna. En estos casos, lo más importante y complejo es la determinación de la intención de desviar el poder establecido en la ley, lo que exige una labor importante de prueba.

En este caso, nada de eso ocurrió, ni podía haber ocurrido. La función básica de la Asamblea Nacional es legislar sobre las materias de la competencia nacional, que es fundamentalmente una función política, de política de Estado, que ejerce dictando normas de carácter general; y esa función política solo puede tener una motivación política y perseguir fines políticos, que son los que la representación popular, conforme a la orientación de la mayoría de los diputados, establezca.

Un Tribunal Constitucional, por tanto, nunca puede juzgar a un órgano legislativo por haber sancionado una legislación con motivación política, y porque al hacerlo persiga fines políticos, pues eso es lo que hace y tiene que hacer una Asamblea Nacional, representando a la voluntad popular. Si un Tribunal Constitucional, como la Sala Constitucional en este caso, ejerce control constitucional sobre la función política de un órgano legislativo, lo que está haciendo, además de apartarse de la Constitución porque no tiene competencia para ello, es sustituirse a la representación del pueblo, y decidir usurpando su voluntad, cuál debe ser la política de Estado a seguir.

Y esto es lo que ocurrió con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 259 de 31 de marzo de 2016,⁸ que declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, mediante la cual, ya definitivamente, lo que se dictó fue la sentencia de muerte de la Asamblea Nacional, como Poder Legislativo. Nunca más, mientras la sala Constitucional esté en manos de los magistrados que la manejan, y dependa del Poder Ejecutivo, la Asamblea podrá ejercer su función política de legislar, pues habrá siempre un órgano que se considera supra constitucional que es el que ahora dice qué y cómo es que se puede legislar.

Dicha sentencia, a pesar de todo lo engañoso de su argumento que no resiste análisis constitucional alguno ya que la Constitución faculta expresamente a la Asamblea Nacional para establecer su régimen de participación en la designación y remoción del Presidente y de los Directores del Banco Central de Venezuela, como antes se ha indicado y resulta de su propio texto, lo que ha hecho en definitiva es juzgar a la Asamblea, porque precisamente ejerció el Poder de legislar, tomando sus integrantes diputados electos una decisión política que fue la de restablecer la potestad de la Asamblea de participar en ese proceso, tal y como estaba regulada desde 2001 y que se le cercenó arbitrariamente en la reforma de la ley efectuada por Decreto ley (ejecutivo) el 30 de diciembre de 2016.

Es decir, lo que la Sala juzgó fue la función política de legislar, y consideró que, al dictar una ley, la Asamblea Nacional incurrió en “desviación de poder,” porque persiguió un fin político, con lo cual ya nunca más podrá libremente legislar, aplicando una política pública.

⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279.HTML>.

II. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DE MUERTE DICTADA CONTRA LA ASAMBLEA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA DECLARADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Después de la anterior decisión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 264 de 11 de abril de 2016,⁹ declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de otra Ley, la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional que había sancionado la Asamblea Nacional el día 29 de marzo de 2016; en este caso también conociendo del asunto a solicitud del Presidente de la República formulada como control previo de constitucionalidad, conforme al artículo 214 de la Constitución.

En este caso, la Sala, simplemente cercenó todos los poderes de la Asamblea, invadiendo “ilegítimamente, la atribución privativa de la Asamblea Nacional para decretar amnistías.”¹⁰

Esta sentencia equivale, ni más ni menos, que a la “ejecución” del cuerpo legislativo, en cumplimiento de la sentencia de muerte que anteriormente le fue dictada por la misma Sala Constitucional.¹¹

Es decir, con esta sentencia, el Juez Constitucional puso fin a la posibilidad del ejercicio de uno de los privilegios más exclusivos y tradicionales de cualquier órgano legislativo, que en Venezuela ejerció legítima y constitucionalmente la Asamblea Nacional, y que hizo, además, en ejecución de la oferta política que llevó a la oposición política al gobierno, a controlar a la Asamblea Nacional al obtener la contundente mayoría parlamentaria que resultó de la votación efectuada el 6 de diciembre de 2015. Esa elección fue, sin duda, como lo hemos expresado reiteradamente, una manifestación de rebelión popular contra el autoritarismo,¹² la cual la *Mesa de la Unidad Democrática* interpretó el 10 de diciembre de 2015, publicando una *Oferta Legislativa para el Cambio*, como compromiso de base de todos los diputados electos, en el cual se incluyó lo imperioso que era “procurar la liberación de los presos políticos con la finalidad de crear condiciones de paz y entendimiento nacional,” para lo cual se propuso dictar una “Ley de Amnistía General”¹³ cuyo objeto era:

“conferir Amnistía general y plena a favor de todos aquellos ciudadanos bajo investigación criminal, administrativa, disciplinaria o policial, y a procedimientos administrativos o penales con ocasión de protestas políticas y posiciones disidentes. Esta Amnistía supondría también la finalización de las inhabilitaciones políticas y los procedimientos relativos al allanamiento de la inmunidad parlamentaria.”¹⁴

⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187018-264-11416-2016-16-0343>. HTML. Véase los comentarios en Allan R/ Brewer-Carías, -La anulación de la Ley de Amnistía por la Sala Constitucional. O la ejecución de la sentencia de muerte dictada contra la Asamblea Nacional,- 26 abril 2016. en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/BREWER.%20Anulaci%C3%B3n%20Ley%20de%20Amnist%C3%ADa%20202016.pdf>.

¹⁰ Véase en José Ignacio Hernández, -Sala constitucional del TSJ: el nuevo Superpoder vs. la Ley de amnistía,- 12 abril de 2016, en <http://parares-catarelporvenir.blogspot.com/2016/04/blog-de-jose-ignacio-hernandez-i-sala.html>.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La sentencia de muerte Poder Legislativo en Venezuela. El cinismo de la Sala Constitucional y la inconstitucional pretensión de controlar la actividad política de la Asamblea Nacional al reformar la Ley del Banco Central de Venezuela. 5 de abril 2016,- en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf>.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, -El primer paso para la reconstrucción de la democracia: el restablecimiento de la legitimidad democrática de todos los Poderes Públicos. Sobre porqué la nueva Asamblea Nacional debe proceder a revocar los irritos actos de nombramiento de los titulares del Poder Ciudadano (Fiscal General, Contralor General, Defensor del Pueblo), del Poder Judicial (magistrados del Tribunal Supremo y del Poder Electoral (rectores del Consejo Nacional Electoral), y proceder a elegir como Cuerpo Electoral de segundo grado, a los titulares de dichos órganos de acuerdo con la Constitución,- New York, 10 de diciembre 2015, en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20PRIMER%20PASO%20RECONSTRUCCI%C3%93N%20DE%20LA%20DEMOCRACIA.%20ELECCI%C3%93N%20DE%20LOS%20TITULARES%20DE%20LOS%20PODERES%20P%C3%9ABLICOS.%20dic%202015.pdf>.

¹³ Véase Allan R. Brewer-carías, -Sobre el decreto de amnistía anunciado por la Mesa de la Unidad Democrática para ser dictado por la nueva Asamblea Nacional,- 12 de Diciembre 2015, En <http://www.allanbrewerca-rias.Com/Content/449725d9-F1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/A.%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20DECRETO%20DE%20LA%20AMNIST%C3%8DA%20PRPUETO%20PARA%20SER%20DICTADO%20POR%20LA%20NUEVA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20dic%20202015.Pdf>.

¹⁴ Véase en <http://unidadvenezuela.org/2015/10/oferta-legislativa-para-el-cambio/>

1. *Sobre el decreto de amnistía como privilegio legislativo*

Efectivamente, en la Constitución se atribuye a la Asamblea Nacional la potestad de decretar amnistías (art. 187.5); al igual que se asigna al Presidente la prerrogativa de conceder indultos (art. 236.19).

En ambos casos, se trata de competencias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, que se ejercen en ejecución directa de las respectivas normas constitucionales, sin que su ejercicio se pueda condicionar en forma alguna más allá de lo dispuesto en la Constitución. Por tanto, tratándose en ambos casos de prerrogativas exclusivas o atribución privativa de esos órganos del Estado, su ejercicio no puede verse interferido por ningún otro órgano del Estado, y las únicas limitaciones constitucionales que se establecen respecto del ejercicio de ambas prerrogativas y beneficios, es que ni la amnistía ni el indulto se pueden decretar ni conceder respecto de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra (art. 29), que es, por lo demás, lo único que podría ser sometido a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando sea procedente.

Ningún otro aspecto de los actos que decreten amnistía o indulto puede ser controlado por el Juez Constitucional, excepto si con los mismos se dictan por otra autoridad o se viola alguna garantía constitucional como la de la igualdad y no discriminación.

Este privilegio de la Asamblea Nacional de decretar amnistías, de carácter eminentemente político, implica en materia penal decretar la despenalización de determinados hechos, es decir, la remisión, el olvido o la abolición de los delitos derivados de los mismos, y de sus penas. Es decir, mediante el decreto de amnistía ni se crean ni se derogan tipos delictivos, en el sentido el que con dicho decreto no se modifican ni se reforman leyes, ni se cambian los tipos delictivos que están en el Código Penal o en otras leyes. Una vez decretada la amnistía, los mismos siguen incólumes y vigentes. Por ello, la amnistía en sí misma, no es una materia que sea reservada a la “ley”; es, sí, una materia reservada al Parlamento como órgano de representación popular.

Por ello la amnistía solo despenaliza determinados hechos en beneficio de las personas que pudieron haberlos cometido, sin que ello implique derogación o reforma de leyes. Por eso no puede ni siquiera decirse que la amnistía excluya a determinados hechos como delictivos. Los hechos amnistiados siguen siendo delictivos y lo único que excluye la amnistía es la pena, es decir, despenaliza los hechos. Por eso se trata de un perdón general y nada más, mediante el cual el Estado renuncia a la persecución penal y al castigo por determinados hechos, quedando borrado el respectivo delito con todas sus huellas.

La amnistía, en consecuencia, se refiere a hechos considerados como punibles y no a personas individualizadas, de manera que, si el hecho queda despenalizado y por tanto borrado o extinguido como hecho punible, la amnistía opera para todas las personas que pudieran haber sido investigados, imputados, acusados o condenados por los mismos. Por ello, por su naturaleza, un decreto de amnistía no puede hacer excepción de personas. Como lo dispone el artículo 104 del Código Penal: “La amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma”.

Por tanto, decretada una amnistía, todos los órganos del Estado (Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Ciudadano, Poder Electoral) están obligados a acatar la decisión legislativa y a dictar los actos que fueren necesarios para asegurar la ejecución del decreto de amnistía, de manera que el derecho o beneficio que otorga pueda ejercerse por las personas que se beneficien de la misma. Ellas no pueden quedar sujetas a juicio o apreciación de ninguna otra autoridad, y mucho menos de parte del Poder Ejecutivo, cuando en particular haya sido el artífice, por ejemplo, de una persecución política; o del Ministerio Público, cuando haya sido el brazo ejecutor de la misma como acusador en los procesos que se busca extinguir.

Fue un disparate constitucional, por tanto, que quien ejercía la Presidencia de la República, ante la iniciativa anunciada por la Mesa de la Unidad Democrática, y después de la abrumadora derrota que sufrió el gobierno y su partido en las elecciones del 6 de diciembre de 2015, hubiera declarado el 9 de diciembre de 2015 que: “No aceptaré ninguna ley de amnistía. Me podrán enviar mil leyes, pero los asesinos de este pueblo tienen que pagar.”¹⁵

¹⁵ Véase -Maduro anuncia que vetará la Ley de Amnistía que prepara la oposición,- *El Mundo*, 9 de diciembre de 2015, en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151208_venezuela_maduro_ley_amnistia_az Véase la crítica a este anuncio presidencial formulada por Alberto Arteaga, en la entrevista -Arteaga: Maduro está irrespetando al Poder Legislativo al adelantarse a Ley de Amnistía, en *El Cooperante*, 11 diciembre 2015, en <http://elcooperante.com/nicolas-maduro-esta-irrespetando-al-poder-legislativo-al-adelantarse-a-ley-de-amnistia/>

Y más disparate constitucional e institucional fue la manifestación pública del Ministro de la Defensa en contra de la sanción de la Ley de Amnistía, llegando a afirmar que la misma “atenta contra la paz de la República, la democracia, la institucionalidad y contra la disciplina de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FAN),” agregando que con la Ley “se legaliza la violación de los Derechos Humanos, favorece a los actores de delitos comunes, porque evidentemente hace una confesión de los delitos cometidos, es la relación de una confesión de partes, es una ley que busca el auto perdón.”¹⁶

Como bien lo advirtió María Amparo Grau: al comentar este acto de “rebelión militar” contra la Asamblea Nacional:

“No le corresponde a ningún Ministro del Ejecutivo, y mucho menos a un miembro de la Fuerza Armada Nacional, pronunciarse sobre la legitimidad y conveniencia de las leyes, pues carece de toda competencia para ello y subvierte el orden constitucional cuando las cuestiona. Su obligación es cumplirlas, nunca desconocerlas y menos aún, fuera de todo cauce legal, atacarlas.

Es de reconocer que tal ataque en este caso conlleva otro gravísimo aspecto, no sólo el de la rebelión de un funcionario ante la ley, sino la de un militar [...].

Ante este plan de rebelión militar respecto de una la Ley, signado por el desconocimiento de lo que significa el Estado de Derecho, la separación de los poderes, las competencias y funciones del Estado y la independencia del juez; cualquier pronunciamiento de la Sala Constitucional podría considerarse, cuando menos, suspicaz.”¹⁷

2. *Sobre la forma del decreto legislativo de amnistía y la ilegítima mutación de la Constitución por la Sala Constitucional*

La reacción del Presidente de la República contra el proyecto de amnistía, en todo caso, fue un disparate legal al desconocer la prerrogativa parlamentaria; la cual por lo demás, al ejercerse por la Asamblea conforme a la Constitución, no necesariamente debe revestir la forma de una “ley,” para cuya sanción se siga el procedimiento de formación de las leyes establecido en la Constitución (arts. 202 ss.), que tenga que remitirse para su ejecución al Presidente de la República, y éste pueda objetarlo. Siendo la decisión de decretar amnistías un privilegio de la Asamblea Nacional, a ésta le corresponde, única y exclusivamente, determinar en cada caso, cuándo, cómo, con cuál extensión y en qué forma va a decretarla.

Por ello, lo primero que hay que tener en cuenta es lo antes dicho de que no necesariamente el decreto legislativo de amnistía debe tener la forma de una “ley.”¹⁸ La Constitución al enumerar las atribuciones de la Asamblea Nacional lo que indica es que la misma tiene competencia para “decretar amnistías,” (art. 187.5), sin exigir, como lo hace en otras normas, que el acto parlamentario tenga que ser necesariamente emitido con forma de “ley,” como por ejemplo ocurre, en el mismo artículo 187, en materia de tratados o convenios internacionales que solo deben ser aprobados por ley (art. 187.18).

Esto significa que es potestad exclusiva de la Asamblea Nacional escoger la forma que ha de revestir el acto parlamentario contenido del decreto de amnistía, que puede ser mediante ley o mediante un acto parlamentario sin forma de ley, que bien puede tener la denominación constitucional de “decreto” legislativo de amnistía. Por supuesto, si la Asamblea en el mismo decreto de amnistía, procede, por ejemplo, a reformar alguna ley, o a derogar alguna disposición legal, tendría que darle la forma de ley pues las leyes solo se derogan por otras leyes (art. 218, Constitución).

Y en tal caso, si la Asamblea optase por emitir el decreto de amnistía mediante la forma de ley, la misma, por ser una decisión esencialmente privativa de orden político de la Asamblea, no podría considerarse como una ley ordinaria pues, por ejemplo, la misma no podría ser objeto de abrogación popular mediante referendo abrogatorio (art. 74, Constitución).

¹⁶ Véase la reseña de lo declarado por el Ministro en: -Padrino López: Ley de Amnistía atenta contra el Estado de derecho,- en *El Universal*, Caracas 6 de abril de 2016, en http://www.eluniversal.com/noticias/politica/padrino-lopez-ley-amnistia-atenta-contra-estado-derecho_248405.

¹⁷ Véase María Amparo Grau, -La rebelión militar contra la fuerza de la ley,- en *El Nacional*, Caracas 13 de abril de 2016.

¹⁸ Ello ha sido así, además, en el constitucionalismo histórico. Salvo la Constitución de 1961 que es la única que exigió que la amnistía se decretase mediante una -ley especial- (art. 139), ninguna otra Constitución estableció esa limitante, habiendo sido siempre una prerrogativa política del Congreso sin indicación en las Constituciones de la necesidad de tener forma de ley. Además, en algunas Constituciones de corte autoritario, incluso se reguló dicha facultad de decretar amnistías como una prerrogativa del propio Poder Ejecutivo (Constituciones de 1904, 1909, 1914, 1953). Véase Román José Duque Corredor, -Fuente de derecho de la amnistía,- *Nota para el Foro Penal Venezolano*, 13 de diciembre de 2015.

La Asamblea, por tanto, podía optar por emitir un decreto de amnistía mediante un acto parlamentario sin forma de ley, como lo autoriza la Constitución, en cuyo caso no estaba obligada a enviarle el texto al Poder Ejecutivo en forma alguna, y menos para su “ejecútese” o promulgación, que solo procede respecto de las leyes (art. 213). En ese caso, si la Asamblea Nacional optaba por emitir el decreto de amnistía como un acto parlamentario sin forma de ley, hubiera sido la propia Asamblea la que debía ordenar la publicación de su propio acto como sucede con todos los acuerdos que dicta, y la misma no podía ser objetada en forma alguna por los otros poderes del Estado, incluido el Presidente de la República.¹⁹ En ese caso, el Presidente de la República no tenía competencia ni atribución constitucional alguna para aceptar o negar la decisión política privativa que podía adoptar la Asamblea Nacional como representante del pueblo en materia de amnistía.

Pero por supuesto, como se dijo, la Asamblea Nacional también podía decretar la amnistía actuando para ello como cuerpo legislador y utilizando la forma de “ley” (arts. 202, 212), como en efecto ocurrió con la sanción de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional por la Asamblea Nacional el día 29 de marzo de 2016, la cual a pesar de que ello implicaba que la “ley” tenía que ser remitida para su promulgación al Poder Ejecutivo, la misma, consideramos que “como Ley de carácter político, no podría ser vetada por el Presidente de la República.”²⁰

Y para el caso de que el Presidente decidiera cuestionar la ley de amnistía por motivos de constitucionalidad con base en la previsión del artículo 214 de la Constitución, tratándose como lo es de una decisión de carácter político, el mismo solo podía ejercer su facultad de objetar la ley por razones de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, únicamente basado en consideraciones respecto de los únicos límites impuestos en la Constitución al decreto de amnistía, que es que con la misma no se puede despenalizar los hechos punibles correspondientes a delitos de lesa humanidad, a violaciones graves a los derechos humanos y a crímenes de guerra; únicos aspectos que la Sala podía controlar.

Sin embargo, en el caso de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional que fue sancionada la Asamblea Nacional el día 29 de marzo de 2016, por una parte, la Sala Constitucional de una vez resolvió sobre la forma jurídica del decreto de amnistía, mutando la Constitución, imponiendo inconstitucionalmente la forma única de “ley” para el decreto de amnistía, limitando la potestad de la Asamblea para ejercer su prerrogativa constitucional sin limitación ni constreñimiento por parte de los otros Poderes Públicos. Sin mayor argumentación, en efecto, contrariamente a lo antes comentado, la Sala Constitucional advirtió en su sentencia, –aun cuando de paso–, que “las amnistías en Venezuela [...] son leyes que deben seguir el proceso de formación legislativa,” agregando en otra parte que:

“al ser medidas de carácter general que se conceden por parte de la Asamblea Nacional, las amnistías deben estar consagradas en leyes que deben seguir [...] el proceso de formación legislativa.”

Con ello, en definitiva, la Sala sentenció que donde la Constitución dice como competencia de la Asamblea Nacional “decretar amnistías” (art 187.5), a partir de la sentencia de la Sala Constitucional, ahora dice “decretar amnistías *mediante ley*” o “decretar *leyes de amnistía*,” lo que no es más que una mutación ilegítima de la Constitución.

Pero por otra parte, la Sala Constitucional, lejos de controlar los únicos aspectos que podían ser constitucionalmente controlables respecto del ejercicio de la potestad de decretar una amnistía por la Asamblea Nacional, que se refieren a las limitaciones a la prerrogativa parlamentaria en el sentido de que no puede nunca referirse a delitos de lesa humanidad, a violaciones graves a los derechos humanos y a crímenes de guerra; la Sala Constitucional pasó a controlar aspectos no controlables, cercenando definitivamente la potestad de la Asamblea de actuar, con motivación política, como órgano político que es por excelencia, y así declarar la totalidad del articulado de la Ley como inconstitucional.

¹⁹ Por ello, en ese caso, el Poder Ejecutivo no tenía base constitucional alguna para lanzar la bravucona amenaza de que - no aceptará ninguna ley de amnistía,- como la que expresó el Sr. Maduro en diciembre de 2015. Véase -Maduro anuncia que vetará la Ley de Amnistía que prepara la oposición,- *El Mundo*, 9 de diciembre de 2015, en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151208_venezuela_maduro_ley_amnistia_az.

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre el decreto de amnistía anunciado por la Mesa de la Unidad Democrática para ser dictado por la nueva Asamblea Nacional,- 12 de diciembre 2015, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/a.%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20DECRETO%20DE%20LA%20AMNISTIA%20C3%8DA%20PRPUESTO%20PARA%20SER%20DICTADO%20POR%20LA%20NUEVA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20dic%20202015.pdf>.

3. *El desconocimiento de la potestad legislativa de decretar amnistía y la extralimitación del Juez Constitucional*

En efecto, la Sala Constitucional comenzó su sentencia precisando su propia competencia para controlar el ejercicio por la Asamblea Nacional de su potestad de decretar amnistía, incurriendo de entrada en una inconstitucionalidad al considerar que dicho control podía extenderse más allá de los antes mencionados límites constitucionales.

Para ello, la Sala Constitucional si bien admitió que “la naturaleza de la amnistía como ‘derecho de gracia,’ en sus manifestaciones más generales está signada por motivaciones netamente políticas” que se refieren a la “*oportunidad y conveniencia* [...] de la legislación,” (Nº 1002 del 26 de mayo de 2004, caso: *Federación Médica Venezolana*),” lo que precisamente conforma el ámbito de la actuación parlamentaria excluido de control de constitucionalidad; la Sala, sin embargo, redujo ese ámbito al considerar que si bien el órgano legislativo puede “escoger las razones que mejor puedan justificar su elección; no obstante, tal desenvolvimiento debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico (v.gr. la Constitución),” erigiéndose la Sala en el juez para evaluar tales razones, sin tener competencia para ello. Como lo expresó Laura Louza, la decisión de la Sala Constitucional:

“viola la Constitución, por desconocer que la amnistía es una decisión política de exclusiva competencia del Poder Legislativo destinada a contribuir a la paz, y que solo puede estar sujeta al control de ese tribunal por razones jurídicas. En consecuencia la Sala Constitucional solo es competente para determinar si el texto de la propuesta legal cumple con las reglas de la Constitución o no, sin que ese control pueda extenderse a la oportunidad o conveniencia del proyecto.”²¹

Al contrario, según la Sala, “el legislador en el ejercicio de sus funciones debe actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad,” debiendo toda medida que adopte:

“responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual, en el caso del otorgamiento de amnistías, encuentra –como se señaló supra– entre otras restricciones no sólo el cumplimiento del propio proceso de formación legislativa, sino además responde a distintas limitaciones de orden material vinculadas, por ejemplo, con el respeto a los derechos humanos (artículo 29 de la Constitución), el resguardo de la conformidad con el ordenamiento jurídico como expresión de la necesaria juridicidad de la actuación de Estado (*vid.* Sentencia número 570 del 2 de junio de 2014), el apego a las normas que desarrollan las distintas facultades legislativas y la debida correspondencia con la consecución de unos fines determinados, como son “la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución” (artículo 3 constitucional).”

Esos principios ciertamente están en la Constitución, y por supuesto deben seguirse por todos los órganos del Estado, incluso la propia Sala Constitucional; pero en materia de amnistía, como lo reconoció la Sala, el Constituyente solo los desarrolló en los términos de las prohibiciones contenidas en los artículos 29 y 74 de la Constitución que prevén la imposibilidad de acordar amnistía respecto de hechos punibles vinculados a delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y crímenes de guerra, y de la previsión constitucional que impide someter una ley de amnistía a referendo abrogatorio, precisamente por su carácter de privilegio de la Asamblea.

Sin embargo, después de reconocer dichos únicos límites constitucionales que se aplican a la amnistía, en forma por demás incomprensible, la Sala agregó que:

“la legislación nacional ha omitido el desarrollo de la institución de la amnistía –a diferencia de lo que ocurre en derecho comparado respecto de las instituciones de gracia–, en cuanto al establecimiento de los parámetros que deben servir de base para su acuerdo y que la excluyan del marco de la completa discrecionalidad y arbitrariedad, por ejemplo, relacionados con la naturaleza de la amnistía, los tipos penales que pueden ser objeto de la misma (v. gr. delitos políticos), la expresión de quienes pueden ser destinatarios de la ley y quienes quedan excluidos de la posibilidad de beneficiarse de la amnistía (v.gr. bien por rebeldía y la no estadía a derecho, o la reincidencia en la comisión de los mismos delitos, o por pertenecer al órgano concedente, etc.), la participación en el proceso de amnistía de los órganos del Sistema de Justicia que se consideren pertinentes, la determinación de los límites temporales que le aplican a los casos a ser incluidos, el procedimiento relativo a la solicitud que debe plantear quien se considere beneficiado ante el respectivo

²¹ Véase Laura Louza, “El TSJ le quita al país la paz de la Ley de Amnistía. Un Estado de Derecho sin paz ni justicia no es un Estado de Derecho,” 16 abril 2016, en <http://el-informe.com/16/04/2016/opinion/el-tsj-le-quita-al-pais-la-paz-de-la-ley-de-amnistia/>.

órgano jurisdiccional penal, y los recursos que se podrán interponer contra la decisión dictada por el tribunal de la causa, entre otros aspectos de orden sustantivo y adjetivo cuyo cumplimiento deba ser requerido – aunado al procedimiento de formación de las leyes– y que sirva de base o marco de medición de la actuación del Poder Legislativo, en cuanto a su apego al ordenamiento constitucional y legal.”

Al afirmar todo esto, sin duda, la Sala Constitucional se olvidó de que todo ello es competencia, precisamente, de la propia Asamblea Nacional, y únicamente de ella, que es la que dicta la legislación nacional, siendo la propia Asamblea Nacional la llamada a determinar todos esos aspectos, de ser aplicables, en cada decreto específico de amnistía. La Sala Constitucional, al argumentar así, pareció pensar que esa “legislación nacional reguladora de la amnistía” tendría que haber sido dictada por “otro órgano” distinto de la Asamblea Nacional, para que ésta, al ejercer la potestad, se sometiera a tales regulaciones, lo cual es un absurdo; llegando incluso a afirmar que:

“no se ha dictado tal norma que desarrolle y regule la amnistía a través de una ley, que delimite la facultad de decretar amnistías que le otorga el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y permita en el marco constitucional su debido ejercicio.”

En tal sentido cabría preguntarle: ¿Y quién dicta la ley, si no es la misma Asamblea Nacional? Es decir, la Sala Constitucional, con lo afirmado, lo que pretendió fue el absurdo de que la Asamblea Nacional, para decretar amnistías, debió haber dictado previamente una legislación para auto-regularse y reglamentarse a sí misma cómo y cuándo decretar una amnistía, que en cambio tiene el privilegio de dictar con las solas limitaciones constitucionales. La afirmación de la Sala, por tanto, es totalmente incongruente, pues se le olvidó que es la propia Asamblea Nacional, con base en lo dispuesto en la Constitución, la llamada a regular esas materias –de ello ser aplicable– al dictar cada decreto de amnistía. Por tanto, no tiene sentido alguno la afirmación que parece hacer la Sala de que supuestamente, antes de decretar una amnistía, la Asamblea Nacional tendría que dictar una ley auto-limitativa –¿“orgánica” quizás?– regulando en general su propia potestad para decretar la amnistía, lo que no tiene sentido constitucional alguno.

Esta insinuación solo puede explicarse como manifestación de un ejercicio que realizó la Sala Constitucional en su sentencia, para decir, que en virtud de que al no haberse dictado la ley auto-reguladora, entonces existiría un supuesto “vacío” legislativo por no haber la propia Asamblea regulado la forma de ejercer su propia prerrogativa de decretar amnistías; por lo cual entonces, la propia Sala, supuestamente sería el órgano llamado a llenar el “vacío” normativo mediante el ejercicio de un proceso de “integración del derecho.” Ello no fue más que una manipulación jurídica, con intenciones aviesas, pues en el caso de la amnistía, no existía ni existe vacío normativo alguno, ni habría que realizar ningún ejercicio de integrar el derecho como lo hizo la Sala para limitar las potestades de la Asamblea Nacional, más allá de lo prescrito en la Constitución.

Ni más ni menos, lo que la Sala Constitucional buscó fue establecer una “legislación” que el Constituyente no ordenó, y que la Asamblea Nacional no tiene porqué dictar, para desde el Poder Judicial limitar el poder de la Asamblea Nacional. Tan absurdo como eso.

Para materializar el absurdo, la Sala comenzó con varios lugares comunes plagados de citas de autores extranjeros, como señalar que la potestad de la Asamblea para decretar amnistías, “no significa, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador,” debiendo al contrario, la amnistía, “estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico constitucional” pues de lo contrario se podría traducir “en la práctica de una especie de potestad arbitraria por parte del referido órgano legislativo,” o “de ejercicio arbitrario del poder.”

En fin, que la “facultad de otorgar amnistía no puede ser el resultado de la arbitrariedad en el ejercicio del poder.” Ello es así, como también lo es la potestad de control de constitucionalidad atribuida a la Sala Constitucional que tampoco es ilimitada, y que tampoco puede ser arbitrario.

La Sala Constitucional, sin embargo, concluyó señalando que:

“si bien la Asamblea Nacional tiene atribuida la competencia de decretar amnistías, y sin perjuicio de que no se han definido a nivel constitucional o legal mayores límites expresos al alcance de esta institución, esto no significa que el parlamento pueda vulnerar los principios que inspiran la Constitución contenidos en los artículos 2 y 3, y que se constituyen en mandatos obligatorios, efectivizados a través del ejercicio de los derechos fundamentales, y del cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales”.

De allí que, esa facultad legislativa de la Asamblea Nacional no es ilimitada, ya que la soberanía del poder constituido que ejerce no puede vulnerar los principios y valores en que se funda la obra del poder constituyente.

Al respecto, la Sala reconoce que cada órgano que ejerce el Poder Público debe tener un fin superior que cumplir establecido por la Constitución, por lo cual, la Asamblea Nacional debe sancionar las leyes respetando tanto los derechos, garantías y competencias fundamentales allí reconocidos, con razonabilidad y justicia, lo cual constituye una función más allá de un trámite formal, sino fundamentalmente sustantivo, que se manifiesta a través de un proceso de realización y ejecución normativa con exclusión de abuso de derecho, reconocido incluso como principio general del derecho, y “*la desviación de poder*” (vid. Sentencia número 259 del 31 de marzo de 2016).

Todo ello, de nuevo es aplicable a todos los órganos del Estado, incluyendo a la propia Sala Constitucional; pero la misma, considerándose fuera de esos límites, solo pensó en la Asamblea Nacional como un órgano donde por lo visto reina la arbitrariedad, considerando entonces que tratándose la amnistía de una decisión política, que tiene “la capacidad de modificar un proceso penal o una pena establecida mediante sentencia firme,” ello supuestamente:

“abre un amplio campo a la arbitrariedad y a la desigualdad en la aplicación de las leyes, motivo por el cual el ordenamiento jurídico debe establecer límites y cautelas para que la institución de la amnistía no resulte incoherente con los principios que informan un Estado democrático y social de derecho y de justicia. Lo contrario resultaría incompatible con los postulados constitucionales.”

Sin embargo, ignoró la Sala Constitucional que en el caso específico de la amnistía, fue la Constitución la que estableció expresamente esos límites, los cuales sin embargo fueron considerados insuficientes por la Sala, pasando entonces en forma inconstitucional a imponerlos, usurpando el Poder Constituyente, en una sentencia que obedeció a un proceso que denominó como de “operación de integración del Derecho,” con lo cual –dijo– al “no conseguir una norma en la cual subsumir la controversia planteada,” [¿Cuál controversia? No lo dijo] procedió entonces la Sala a la tarea de “elaborar la norma para dar una solución pacífica al conflicto” [¿Cuál conflicto? No lo dijo].

Es decir, supuestamente “ante la ausencia de una regulación expresa” que la Constitución no exigió, y que supuestamente la Asamblea debió haber dictado para auto-regularse, la Sala Constitucional se consideró compelida a “recorrer al propio ordenamiento constitucional y los valores que lo inspiran en busca de la solución correcta para el conflicto que le corresponde resolver” [¿Cuál conflicto? Tampoco lo dijo], estableciéndole inconstitucionalmente todo tipo de límites a la Asamblea Nacional para ejercer del privilegio que tiene de decretar amnistías, con lo cual dejó de ser tal privilegio, lo que se confirmó con la declaratoria de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley.

4. *Sobre las limitaciones a la potestad de la Asamblea Nacional para decretar amnistías impuestas ilegítimamente por el Juez Constitucional*

Con base en lo anterior, la Sala Constitucional pasó entonces, impunemente –pues no tiene a nadie que la controle–, a establecer las limitaciones a la Asamblea Nacional en el ejercicio de su potestad de decretar amnistías, por vía de “integración del derecho,” en virtud de que la propia Asamblea no se había auto-limitado con una especie de ley reguladora de su propia potestad de decretar amnistías. Para ello, la Sala comenzó por indicar que la Constitución, al conferir al Poder Legislativo tal potestad, “no faculta a la mayoría parlamentaria a violentar el espíritu constitucional de rechazo a la injusticia, que supone consagrar la impunidad para los violadores de derechos fundamentales.” Consideró, además, la Sala que “las amnistías al ser medidas absolutamente excepcionales [...] deben, por tal motivo, ser excepcionales en su concesión,” debiendo concederse teniendo presente dos valores fundamentales:

“por un lado, la justicia, la sanción a la impunidad, la preeminencia de los derechos humanos, la ética, la dignidad de la persona, y la condena de hechos punibles, y, por otro, la coexistencia de instituciones de gracia como las amnistías (en resguardo de valores como la convivencia social), que llevan a la necesidad de una ponderación que considere ambos valores, evitando que uno de ellos colapse respecto del otro.”

Para ir construyendo las limitaciones que se propuso, la Sala insistió en considerar que:

“el fundamento de las leyes de amnistía se basa, por una parte, en la pacificación y reconciliación nacional como una condición necesaria para garantizar la continuidad del sistema democrático, mientras que, por otro lado, se cimienta en la justicia (artículos 1, 2 y 3 constitucionales) que conlleva a admitir una confrontación de valores que debe ser analizado mediante un test de ponderación en el cual se analice no solo el respeto de los derechos humanos ante la certera comisión de hechos punibles y su calificación como políticos o no, sino en igual medida respecto de la consagración constitucional de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, previsto en el artículo 2 del Texto Constitucional.”

Frente al “conflicto entre los referidos valores y principios constitucionales,” la Sala pasó en su sentencia a analizar el principio de la “preeminencia de los derechos humanos como valor preponderante,” haciendo referencia de nuevo a la norma del artículo 29 de la Constitución que establece límites a los beneficios procesales que puedan conllevar a la impunidad de delitos de lesa humanidad, violaciones graves cometidas contra los derechos humanos, y crímenes de guerra, considerando que “los derechos fundamentales, que constituyen la concretización de la opción garantista de la Constitución, se convierten en el parámetro de validez sustancial o límite de todos los actos del poder estatal.” De allí, la Sala pasó a considerar que “la amnistía ha de cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad a los que debe someterse todo acto del poder público que incida en la vigencia de los derechos fundamentales,” considerando que:

“una ley de amnistía no podría consagrar el perdón de hechos encuadrados en delitos que expresen un manifiesto desprecio por la vida, la integridad y la dignidad de las personas, ya que ello supondría desconocer la vigencia de tales derechos, utilizando la amnistía para sustraer de la acción de la justicia a determinadas personas, y afectando el derecho de acceso a la justicia de los perjudicados por los actos amnistiados.”

Ello –que no era el caso de la Ley de Amnistía bajo análisis–, conforme a la Sala, significaría “un vaciamiento de los contenidos esenciales del Texto Constitucional, al legislarse en contra o fuera del marco de los valores, principios y garantías institucionales que contienen los derechos fundamentales,” volviendo a afirmar que “la atribución que tiene la Asamblea Nacional de decretar amnistías, no significa que el parlamento pueda acordarla respecto a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves a los derechos humanos,” que es lo que dice la Constitución.

Pero más allá de los límites constitucionales, que era donde la Sala Constitucional quería llegar, la misma planteó que:

“al otorgar la Constitución a los derechos humanos fundamentales una supremacía frente a la ley, se exige una autolimitación y no injerencia o intervención de los poderes públicos en la esfera individual, que es vulnerada por la amnistía cuando ordena al sistema de justicia a que no investigue, ni procese y libere a quienes han sido condenados por cometer delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad y el derecho a la justicia.

Por ello, afirmar que la intervención legislativa deba realizarse en el marco de la Constitución es sostener que la restricción de la defensa de la persona humana debe ser excepcional, como excepcionales son las leyes de amnistía. [...]

Por ende, la amnistía –de considerarse procedente en determinadas condiciones– debe suponer una expresión del respeto a la Constitución y a los valores, principios y derechos fundamentales por ella garantizados, en una relación de equilibrio balanceado que considere la fundamentalidad de la dignidad de la persona humana.”

Luego la Sala se refirió al derecho a la vida considerando que las “leyes de amnistía, son la expresión de una acción omisiva del Estado que puede eventualmente llevar a desproteger el derecho a la vida,” y al principio según el cual “el análisis de la amnistía conlleva también a asumir una postura ética determinada en relación con los victimarios y perjudicados (víctimas) de los hechos punibles objeto de la misma, en la que sin lugar a dudas la opción moral por la reivindicación de las víctimas es la que se pone de parte del más débil en búsqueda del equilibrio social que se pretende restablecer,” considerando que existe en la materia una “prohibición de desconocer a las víctimas directamente vinculadas con la determinación de los autores.”

Con base en todo lo anterior, formulando afirmaciones acompañadas de infinidad de citas, manipulando a veces la opinión de destacados autores, pasó la Sala a precisar su rol como “Máximo Árbitro de la República” en la “protección y garantía suprema de la Constitución, incluso frente a vulneraciones de la misma que incluso pudieran provenir del propio Poder Legislativo Nacional,” lo que le permitía, –afirmó la Sala– “analizar la institución de amnistía y de su limitación a la arbitrariedad del legislador,” considerando para ello el “principio de justicia,” “el principio de proporcionalidad,” y el principio de la “preeminencia de los derechos humanos.” A esos principios, añadió la Sala el principio de que las amnistías pueden instituirse “como un medio jurídico para un proceso de reconciliación, normalización y equilibrada convivencia, erigiéndose en un ‘pacto de paz’, que sea capaz de establecer un nuevo orden que pretende impedir que se reediten los hechos que se pretenden excluir del *ius puniendi* y someterlos al olvido,” lo que sin embargo no habilita “a una contribución de la impunidad ni a la legitimación de atropellos contra el Estado de Derecho.” En fin, que “los derechos fundamentales como límites a la actuación del Poder Público, se constituyen también en límites a la potestad legislativa de otorgar amnistías.”

Luego pasó la Sala a analizar la democracia “vinculada a la garantía de los derechos fundamentales” consagrados en la Constitución, afirmando no sólo que “no hay democracia sin limitación y no hay limitación sin control que lo haga efectivo,” sino también afirmando que “no es posible afirmar o concluir que cualquier decisión de la mayoría en ejercicio de la democracia directa o indirecta al ser legítimas, sea necesariamente conformes a derecho.”

Consideró además la Sala que “el concepto de soberanía” que reside en el pueblo, “prohíbe que sea usurpada por una persona o grupo de ellas, sean mayoritarias o no en alguna de las instituciones que como la Asamblea Nacional [...] ya que la soberanía no pertenece a ningún hombre o sector de la sociedad distinto al pueblo entero.” Se refirió luego la Sala a la “pretendida legitimación de la Asamblea Nacional para actuar en representación del ‘pueblo,’” destacando que “existen prohibiciones materiales en cuanto al contenido de los actos decisorios, que se reflejan en la imposibilidad de legitimar por las mayorías, decisiones contrarias a los derechos fundamentales.”

Todo ello lo afirmó la Sala, no para reafirmar la democracia o la soberanía, sino para romperla y usurparla y desconocer el sentido de la acción política cuando la mayoría de la representación popular en la Asamblea Nacional está controlada por la oposición al Gobierno, que es lo que para la Sala Constitucional motivó su decisión de cercenar la propia potestad de la Asamblea. Por ello, como lo ha expresado Carlos Reverón Boulton, para la Sala, “en lo sucesivo, jamás podrá dictarse una Ley de Amnistía, pues precisamente a través de esas leyes se perdona el delito, el cual siempre supondrá un agravio contra una víctima concreta que se ha visto perjudicada por quién ha sido perdonado por la amnistía.”²²

5. *La inconstitucional declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*

Con base en todos los conceptos que hemos resumido anteriormente, la larga sentencia de la Sala pasó luego a ejercer el control de la constitucionalidad de la Ley de amnistía y Reconciliación Nacional sancionada por la Asamblea Nacional el 29 de marzo de 2016, declarando de plano su inconstitucionalidad total, después de haber hecho un ejercicio de declarar inconstitucionales determinadas normas de la Ley.

A. *La supuesta inexistencia de los presupuestos para acordar la amnistía en el caso de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*

La Sala comenzó declarando la inconstitucionalidad de la globalidad de la Ley por considerar que había en el caso, “inexistencia de los presupuestos para acordar amnistías.” Para formular semejante afirmación, la Sala consideró una serie de principios y lugares comunes, tales como que “la impunidad es injusticia, pues no da al criminal el castigo que le corresponde; y el Estado no cumple con su misión fundamental de mantener el orden y de defender los derechos de los ciudadanos;” y que “no es posible sostener que se pueda atribuir una potestad arbitraria e irracional a ningún órgano que ejerza el Poder Público,” afirmando que:

“la amnistía no puede constituir una institución que niegue o desconozca, fuera de todo parámetro de razonabilidad los elementos cardinales que caracterizan y definen el ordenamiento jurídico venezolano, como un sistema de normas que limitan el ejercicio del poder y que tienen como presupuesto antropológico el respeto de los derechos fundamentales consagrados en el Texto Fundamental.”

Consideró la Sala, en forma hipotética, que “la amnistía, en sentido general y abstracto, podría constituir un verdadero contrasentido al sistema de garantías que resguarda derechos fundamentales y la obligatoriedad del sometimiento al ordenamiento jurídico,” pudiendo “desempeñar funciones contradictorias en la sociedad en la que se aplica,” pues “puede representar un hito que arruine la esfera pública, debilite la institucionalidad democrática y destruya el Estado de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución.”

Y como por arte de magia, después de realizar esas afirmaciones generales, la Sala limitó exclusivamente la posibilidad de decretar la amnistía, sin ninguna fundamentación, a situaciones en las cuales se manifiesta como “justicia transicional,” referidas “a verdaderos momentos de ruptura y la necesidad de instaurar una comunidad política;” y entonces, considerando que como esas circunstancias “no se aprecian como presupuesto y contexto de la situación de autos,” ello, de entrada, a juicio de la Sala, supuestamente:

²² Véase Carlos Reverón Boulton, -Lo peor de la inconstitucionalidad de la ley de Amnistía,- 24 abril 2016, en *Guayoyo en letras*, en <http://guayoyoenletras.net/2016/04/24/lo-peor-la-inconstitucionalidad-la-ley-amnistia/>.

“invalida de conformidad con la Constitución la Ley bajo examen, tal como se evidencia del objeto de la misma (artículo 1) y el resto de sus normas. Así se decide.”

Es decir, la Sala comenzó declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, por considerar que supuestamente no estaban dadas las condiciones para decretarla, cuando ello corresponde ser evaluado y considerado única y exclusivamente al órgano político de representación popular, en lo que la Sala no puede inmiscuirse. Como lo explicó José Ignacio Hernández, “con este razonamiento, en realidad, la Sala Constitucional está controlando la oportunidad y conveniencia de la amnistía, lo que, según la doctrina anterior de la propia Sala, no puede ser control.”²³

No contenta con esto, la Sala pasó luego a reforzar su declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, refiriéndose a diversas normas de la misma.

B. *La inconstitucionalidad con respecto a la calificación de los delitos políticos*

En esta forma la Sala pasó a considerar la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, partiendo del supuesto también sin sentido, de que la misma no era otra cosa sino:

“la consolidación de leyes de auto-amnistía o de impunidad, en el marco de la comisión de delitos comunes, bajo el manto de una pretendida protección manipulativa de salvaguarda de los derechos humanos.”

Para justificar la afirmación, y después de argumentar sobre la diferencia entre delitos políticos y delitos comunes, y constatar que algunos países limitaban la amnistía a solo delitos políticos, reservando el indulto para los delitos comunes, consideró que de una supuesta revisión exhaustiva del texto de la Ley, se podía advertir la “pretensión de otorgar amnistía a favor de todas aquellas personas ‘investigadas, imputadas, acusadas o condenadas como autores o partícipes’ de delitos claramente comunes y no políticos” (citando los artículos 6, 9, 11, 12, 14, 16, 16, 17, 19 de la Ley), considerando que con ello “en nada conducen o colaboran a una reconciliación nacional sino a una impunidad escandalosa en detrimento de la moral pública, subvirtiendo el orden moral y jurídico del país, en los términos antes expuestos.” La expresión de la Sala, de que la Asamblea Nacional lo que buscaba era lograr una “impunidad escandalosa”, es incomprensible, pues ello no se deduce en forma alguna de la Ley sancionada.

Con ello, en todo caso, la Sala sustituyó a la propia Asamblea, procediendo a juzgar si la amnistía contribuía o no a la reconciliación nacional, lo que solo la Asamblea podía hacer, concluyendo sin que la Constitución haya establecido ningún límite al respecto, también como por arte de magia, que:

“habiéndose incluido en la Ley en cuestión, delitos comunes ajenos a esta figura constitucional, esta Sala no puede impartir su conformidad constitucional; y así se declara.”

Y ello, a pesar de la referencia expresa contenida en la Ley de Amnistía, de que se trataba de delitos derivados de “hechos realizados en ejercicio de libertades ciudadanas y con fines políticos,” entendiéndose que “se persigue una finalidad política o un móvil político cuando las protestas, manifestaciones, o reuniones en lugares públicos o privados; las ideas o informaciones divulgadas; o los acuerdos o pronunciamientos hayan estado dirigidos a reclamar contra alguna medida o norma adoptada por el gobierno nacional u otras autoridades” (Artículo 8).

De esto, la Sala, también como por arte de magia, concluyó que se trataba de “un solapamiento de la justicia,” en orden a la consecución de una supuesta “reconciliación nacional o paz pública” cuyas bases “no se sustentan en un desacuerdo social subyacente,” constituyendo ello, a juicio de la Sala:

“una invitación que sentaría un terrible precedente, que instiga a la rebelión del particular contra la voluntad de la ley, la cual exige una reparación que vuelva a ratificar la autoridad del Estado mediante la imposición de una pena como resultado del trámite de un debido proceso.”

Y para que no quedara duda de la posición de la Sala de querer juzgar políticamente la decisión del órgano político, procedió a insistir en que el “ejercicio de las libertades ciudadanas y con fines políticos” a que hace referencia la Ley no es ilimitado, y, por tanto, “no cualquier protesta, manifestación, reclamo o llamado contra el orden institucional es admisible, toda vez que si bien el artículo 68 constitucional prevé el derecho a manifestar, establece como límite a esta posibilidad su necesaria realización de forma pacífica,”

²³ Véase en José Ignacio Hernández, -Sala constitucional del TSJ: el nuevo Superpoder vs. la Ley de amnistía,- 12 abril de 2016, en <http://paraescat-tarelpov-venir.blogspot.com/2016/04/blog-de-jose-ignacio-hernandez-sala.html>.

además, de las limitaciones que la propia Sala impuso al punto de su eliminación en sentencia N° 276 del 24 de abril de 2014, (caso: “Gerardo Sánchez Chacón”).²⁴ De todo ello, concluyó la Sala, advirtiendo que

“el articulado de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional (*cfr.* Artículos 2, 5, 8, 11 y 16), desconoce tal mandato y supone una generalización (que no excluye la violencia y el uso de las armas) en cuanto a las manifestaciones de protestas como ‘ejercicio de libertades ciudadanas y con fines políticos,’ que no es admisible bajo el prisma constitucional porque implicaría desconocer que Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Así se declara.”

C. *De la inconstitucionalidad por violación de los principios de legalidad y tipicidad*

Luego pasó la Sala Constitucional a declarar que la Ley de amnistía, aun cuando con ella no se creaba delito alguno sino se despenalizaban unos hechos, supuestamente violaba el artículo 49.6 de la Constitución que establece la garantía de que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no estuvieren previamente previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, y que consagra el principio de tipicidad y legalidad penal (*nullum poena nullum crime sine legge*). Ello implica, como lo precisó la Sala Constitucional, “la prohibición al legislador de establecer lo que la doctrina ha calificado como las normas penales en blanco, por cuanto toda conducta que constituya delito, así como las sanciones correspondientes, deben estar claramente previstas en la ley.”

No tienen sentido alguno, por tanto, aplicar siquiera el principio respecto de una Ley de amnistía que no crea delito ni establece penas, sino muy por el contrario, despenaliza hechos mediante el beneficio de la amnistía, otorgada de acuerdo con la valoración política que la Asamblea Nacional pueda hacer en un momento político dado.

Sin embargo, de nuevo, la Sala Constitucional, buscando a como diera lugar imponer límites al Legislador, inventó la peregrina tesis de que los mismos principios de legalidad y tipicidad para establecer delitos también debía aplicarse “para el establecimiento de normas que prevean una excepción a la penalización de ciertos supuestos de hecho,” exigiendo que dicha despenalización “debe estar especificada y determinada de manera concreta,” considerando entonces que ello no se cumplía en la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional.

La Sala consideró, en efecto, que, en la Ley controlada, había “numerosas normas penales en blanco, que violan el principio de tipicidad de los delitos y de las penas y, por tanto, de las normas de gracia que puedan comprenderlos en virtud de la ausencia de concreción y falta de determinación expresa de que adolecen los textos referidos,” cuando ello no era posible, pues la Ley de amnistía no creaba delitos.

Sin embargo, entre esas normas supuestamente con penas “en blanco,” la Sala destacó la del artículo 2 de la Ley que se refería a hechos que se habían “producido en circunstancias que menoscaban la confiabilidad en la administración imparcial de la justicia o permiten concluir que aquellas obedecen a una persecución política.” Sobre ello, la Sala estimó que en ese contexto:

“no es posible determinar a qué circunstancias concretas se refiere el legislador, menoscabando la administración imparcial de la justicia, ya que el mismo no se vincula con la persecución política, la cual constituye una opción disyuntiva en la estructura de la norma, quedando entonces bajo este supuesto cualquier comisión de delito como, por ejemplo, los vinculados a corrupción, narcotráfico, estafas inmobiliarias, delitos bancarios, entre otros, que la propia norma deja abiertos contrariando por tanto, las consideraciones antes expuestas respecto de la constitucionalidad de la amnistía. Así se declara.”

A igual errada conclusión llegó la Sala respecto del artículo 16 de la Ley que se refería a “hechos considerados punibles, u otras infracciones, cometidos o supuestamente cometidos por abogados, activistas o defensores de derechos humanos,” deduciendo –todo en hipótesis– que ello podría beneficiar a:

“los autores, determinadores, cooperadores inmediatos y cómplices de delitos vinculados a corrupción, narcotráfico, estafas inmobiliarias, delitos bancarios, señalados anteriormente, lo cual sería un medio para la impunidad y el desconocimiento absoluto del sistema jurídico penal y constitucional vigente.”

Sin embargo, aún basada en hipótesis, la Sala de plano concluyó declarando “la inconstitucionalidad de los artículos 2, 16 y 17 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, que contrarían y vulneran las

²⁴ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Un atentado contra la democracia: el secuestro del derecho político a manifestar mediante una ilegítima -reforma- legal efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 157-169.

garantías contenidas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y así se declara,” a pesar de que las mismas no creaban delitos por lo que nunca podrían haber sido “normas penales en blanco.”

La afirmación de la Sala, en todo caso, fue esencialmente equivocada, porque la Ley de Amnistía no tenía por objeto establecer delitos y penas, a cuyo efecto es que se establece la garantía del principio de tipicidad y legalidad, sino que tenía por objeto despenalizar hechos, es decir, dar una gracia en favor de personas, operación en la cual no tiene cabida aplicar la garantía mencionada.

D. *La inconstitucionalidad por la violación de los principios de justicia y responsabilidad*

La Sala Constitucional pasó luego en su sentencia a decidir que la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional supuestamente también violaba principios como justicia y responsabilidad, para lo cual se refirió, no a un principio de la Constitución venezolana, sino de otras Constituciones, que –dijo– “suelen *prever de manera expresa* la prohibición de aplicación de tal prerrogativa a los supuestos de responsabilidad penal cometidos por algún miembro del órgano concedente, excluyéndolos de los sujetos susceptibles de beneficiarse por tal medida (v.gr. artículo 3 de la Constitución Española).”

Sin embargo, a pesar de reconocer que tal limitación, para poder ser aplicada requiere de texto expreso en la Constitución, la Sala Constitucional pasó a considerar que en la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional la Asamblea se debió prever lo mismo, considerando, sin embargo, que la Ley de Amnistía:

“no sólo omite la exclusión expresa de sus propios miembros actuales como posibles beneficiarios de la ley en cualquiera de sus disposiciones, sino que, además, en su artículo 14 establece que “se concede amnistía por los presuntos hechos punibles que hubieran sido denunciados después de que el supuesto responsable del delito o falta hubiera sido electo como Diputado o Diputada a la Asamblea Nacional el 26 de septiembre de 2010, (...) si ello condujo al allanamiento de la inmunidad y a la separación forzosa de la Asamblea Nacional e inhabilitación política del Diputado o Diputada, o a que éstos renunciaran a la investidura parlamentaria para impedir dicho allanamiento de inmunidad y así evitar los efectos jurídicos derivados de la misma...”

De ello la Sala consideró que se trataba de “una tipificación tan amplia que pudiera abarcar a Diputados o Diputadas reelectos o reelectas en las elecciones del 6 de diciembre de 2015, y que actualmente se encuentren en funciones,” como si ello incluso fuera un “delito.”

Aparte de que no se trata de “tipificación” alguna, pues con la amnistía no se están creando delitos o tipos delictivos, sino despenalizándose hechos, la Sala consideró que se trataba de un supuesto de “auto-amnistía,” considerando –siempre hipotéticamente– que con ello se exponía a la amnistía “a ceder con relativa facilidad, a que su ejercicio esté gobernado por la indebida arbitrariedad y parcialidad que vulneran el principio constitucional de justicia, de ética y moral.”

Por otro lado, consideró la Sala, de nuevo sin atender a las limitaciones establecidas en la Constitución que son las únicas aplicables a la decisión que pueda adoptar la Asamblea Nacional en la materia, que “un elemento adicional de exclusión que suele ser común respecto de las instituciones de gracia,” aun cuando sin decir donde ello se ha establecido y citando solo un libro que se refiere al indulto, “es que el posible beneficiario de la amnistía se encuentre prófugo, evadido o fuera de la disposición del sistema de justicia,” lo que sin embargo correspondía exclusivamente a la Asamblea Nacional determinar, de acuerdo con la valoración política que hizo al conceder la amnistías.

La Sala, sin embargo, no lo consideró así, e impuso otra limitación a la potestad de la Asamblea de decretar amnistía, exigiendo que, una vez despenalizados los hechos, sin embargo, ese beneficio no abarcaba a algunas personas. Con ello, la Sala Constitucional misma incurrió en inconstitucionalidad, al discriminar a determinadas personas por la situación procesal en la que pudieran encontrarse, violando el principio de la igualdad.

Así, sin tener potestad alguna para ello, la Sala consideró que los artículos 20 y 22 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional eran inconstitucionales, al abarcar con la amnistía que se decretaba para despenalizar hechos, y no para beneficiar a determinadas personas, a todos aquellos que pudieran estar incurso en los hechos punibles despenalizados, independientemente de que estuviesen o no “a derecho en los procesos penales correspondientes,” (art. 20) decretando la “extinción de la acción penal, o, de ser el caso, la extinción de la pena,” independientemente de si el “imputado o acusado no está a derecho, o si el condenado se ha sustraído del cumplimiento de la pena” (art. 22), autorizando en este caso, que la solicitud de aplicación de la Ley se pueda presentar por su representante judicial, su cónyuge u otras personas allegadas.

Todo ello, sin razón alguna, fue considerado inconstitucional por la Sala Constitucional, cuando en realidad, inconstitucional fue la discriminación que la misma impuso, basándose para ello en el deber constitucional que tiene toda persona de cumplir y acatar la Constitución (art. 131), de lo cual dedujo, pura y simplemente, que “quienes no se encuentran a derecho, tienen sobre sí el deber de presentarse al proceso, y acatar una orden judicial,” que ha sido “producto de un trámite en el cual dicho ciudadano tuvo oportunidad de defenderse y alegar razones contrarias a las sostenidas por la parte acusadora (*vid.* Decisión de la Sala Constitucional número 1.806/2008).”

Es decir, la Sala, reiterando lo que expuso en sentencias Nos. 1.511/2008; 840/2010; 578/2012 y 1.312/2014, sentó el criterio absoluto e inconstitucional, por discriminatorio, de que, una vez despenalizados unos hechos, una persona beneficiada por la amnistía que se hubiera negado a entregarse a sus perseguidores, por ejemplo, permaneciendo fuera del país, quedaría excluido del beneficio de la amnistía. Para ello la Sala indicó que para que cualquier imputado, acusado o procesado pueda presentar cualquier solicitud en justicia “es imprescindible la estadía a derecho,” considerando que:

“resulta contradictorio que un procesado que no se encuentre a derecho pretenda llevar a cabo solicitudes o invocar derechos (...) cuando ni siquiera ha cumplido con su obligación procesal de acatar el mandamiento judicial devenido de una orden de aprehensión.”

Confundió así la Sala Constitucional los requisitos procesales en los trámites ordinarios del proceso penal, que para determinados actos, como la realización de la audiencia preliminar, que por su carácter personalísimo, por ejemplo, el Código Orgánico Procesal Penal requieren la presencia personal del procesado; con el beneficio de la amnistía que deriva de la despenalización de los hechos, lo que de por sí, y en esencia, no puede conducir a “excluir” del beneficio a determinadas personas por consideraciones adjetivas o procesales, pues ello sería inconstitucional. Sin embargo, la Sala, al contrario, lo que le impuso a la Asamblea Nacional fue una limitación que no tiene base constitucional, y más bien viola la Constitución por discriminatoria, en el sentido de que si va a decretar una amnistía, por ejemplo, por delitos políticos, despenalizando determinados hechos punibles, esa amnistía no puede beneficiar sino a las personas que estén bajo rejas, en prisión, excluyendo a quienes están exiliadas precisamente para evitar ser encarceladas por delitos que por ejemplo estimen que no cometieron.

Para justificar la inconstitucional discriminación y exigir la pérdida de la libertad para que alguien se pueda beneficiar de la amnistía, la Sala concluyó con el absurdo de que como las órdenes judiciales como la detención de una persona deben ser cumplidas –dando primacía así a la pérdida de la libertad frente a la libertad misma–, entonces si se otorga una amnistía que beneficie a una persona que logró evadir la detención, o que estaba fuera del país cuando se ordenó la detención, entonces ello sería una forma de evadir la orden de detención “a través de mecanismos jurídicamente admitidos.” Con ello, a juicio de la Sala, incluso se produciría “un fraude al principio de acatamiento a las órdenes de la autoridad, haciendo que opere una norma jurídica con la finalidad de evitar la aplicación de otra.”²⁵

De este nuevo absurdo, dedujo entonces la Sala Constitucional que la Asamblea Nacional, al incluir las normas citadas en la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, había incurrido en “un fraude del orden constitucional” declarando la inconstitucionalidad de las normas, pero incurriendo en discriminación y violación del principio de igualdad y de la libertad ante un beneficio de orden constitucional como es la amnistía.

La Sala finalmente también consideró, sin base constitucional alguna, que la amnistía no podía beneficiar a los reincidentes, por lo que al no estar estos excluidos “de un posible beneficiario de la amnistía” en la ley sancionada, la Asamblea, a juicio de la Sala, ignoró –todo hipotéticamente– “la alta probabilidad de que recaiga en las conductas que llevaron a procesarla penalmente en diversas oportunidades por la comisión de hechos punibles.” La Sala, dijo entonces, también sin fundamento alguno, que, como algunas instituciones de gracia, como la conmutación, estaban excluidas respecto del reincidente en el Código Penal (art. 56), entonces la Asamblea Nacional también debió excluir a los reincidentes de la amnistía, cuando para ello no existe limitación constitucional alguna.

De todo lo expuesto, concluyó entonces la Sala, pura y simplemente, declarando en cuanto a las disposiciones citadas relativas “a la no exclusión de los miembros del órgano otorgante, del prófugo, evadido

²⁵ A tal efecto, citando a Messineo, destacado autor de derecho mercantil, la sala consideró que -el fraude a la ley se caracteriza por la circunstancia de que se respeta la letra de la ley, mientras que, de hecho, se trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad con medios indirectos.-La cita en la sentencia es: F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad: Santiago Sentís Melendo. EJEa, Tomo II, Buenos Aires 1979, p. 480.

o no a disposición del sistema de justicia y del reincidente como posibles beneficiarios de la ley,” que la misma no podía “declarar su constitucionalidad, de conformidad con los artículos 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y así se decide,” de lo que se deduce que lo que hizo fue declarar su inconstitucionalidad, pero expresada en forma oblicua, y basada a su vez en una inconstitucionalidad en la cual incurrió, al establecer con ello una violación de la garantías de la igualdad y de la libertad personal, y de no discriminación que establece el artículo 19 de la Constitución.

6. *La inconstitucionalidad de la amnistía respecto de las infracciones administrativas*

La Sala Constitucional, adicionalmente consideró inconstitucional que la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional regulara entre los supuestos comprendidos en la misma, a “situaciones o circunstancias relacionadas a infracciones administrativas enmarcadas en la defensa del patrimonio público y la lucha contra la corrupción,” haciendo referencia a los artículos 15 y 19 de la Ley, que contemplaban la despenalización de hechos punibles, en los casos de: (i) “supuestos enriquecimientos ilícitos que hayan tenido como único sustento el procedimiento de verificación patrimonial efectuado por la Contraloría General de la República” (art. 15.b); (ii) de actos en los cuales “no haya habido recepción, apoderamiento o sustracción de bienes o fondos públicos en beneficio particular” (art. 19.a); y (iii) de “omisiones, inexactitudes o incumplimientos vinculados a la obligación de presentar, la declaración jurada de patrimonio” siempre que la declaración “haya sido presentada aunque luego del vencimiento del plazo legal.”

De estas previsiones, la Sala Constitucional pura y simplemente dedujo que la Asamblea Nacional había hecho “un aprovechamiento arbitrario de la amnistía que la extiende a situaciones que rebasan la naturaleza excepcional de tal institución y que implican, además, un desconocimiento flagrante a la legalidad y constitucionalidad de las sanciones impuestas por la Contraloría General de la República,” cuando la Constitución no regula ni excluye ningún ámbito de despenalización salvo los límites mencionados de delitos de lesa humanidad, delitos graves contra los derechos humanos, y crímenes de guerra.

Sin embargo, la Sala concluyó que, al incluir la despenalización respecto de infracciones administrativas en la Ley, ello puso de manifiesto que la Asamblea se había desviado “ampliamente” del propósito especial y excepcional de la amnistía, concluyendo igualmente en este caso, que “no puede impartir la conformidad de la ley con la Constitución,” lo que se entiende igualmente que es una declaración oblicua de inconstitucionalidad.

7. *La inconstitucionalidad de la amnistía por violación al principio de soberanía*

La Sala Constitucional también declaró la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, nada menos que por violación al principio de la soberanía, por el hecho de que en la norma se previó que el juez competente para verificar las circunstancias relativas a la efectividad de la amnistía, debía tener en cuenta que el condenado hubiese sido “excluido de la lista o base de datos de personas requeridas” por la INTERPOL “al considerarse que la persecución penal se refiere a delitos políticos;” y además, que los Órganos de protección Internacional de los derechos humanos (Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los Comités, Comisiones, Relatorias o Grupos de Trabajo del Sistema de Naciones Unidas), hubieran “declarado la violación de algún derecho del imputado, procesado o condenado durante el desarrollo del proceso penal correspondiente o que el presunto responsable se haya visto forzado a salir del territorio de la República Bolivariana de Venezuela y haya obtenido asilo o refugio.”

El artículo 27 de la Ley, además, restableciendo la vigencia de los derechos humanos en la Constitución, estableció que:

“los tribunales y demás órganos del poder público darán estricto cumplimiento a las sentencias, medidas u otras decisiones que hayan dictado los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos, relativas a las acciones u omisiones del Estado venezolano que se hayan traducido en la vulneración de tales derechos, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos tratados, pactos o convenciones ratificados por el Estado venezolano y a las demás obligaciones internacionales de la República.”

Ahora bien, disponer que el Estado venezolano debe tener alguna confianza en lo resuelto por organismos internacionales como elementos a tener en consideración por el juez, fue suficiente para que la Sala Constitucional considerase como violada la soberanía nacional, considerando las normas mencionadas como inconstitucionales, ratificando para ello todas las sentencias que desde 2003 había venido dictando, desconociendo la “prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, en el orden interno,” y ratificando su inconstitucional e inconveniente

tesis del “carácter no vinculante de las opiniones, declaraciones, dictámenes e informes de los organismos internacionales; así como la inejecutabilidad de los fallos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” En particular, la Sala hizo referencia a su sentencia N° 1.942 del 15 de julio de 2003 (caso: “*Rafael Chavero Gazdik*”), ratificada recientemente en decisión número 1.175 del 10 de septiembre de 2015 (caso: “*Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza y otros*”), donde desmontó lo previsto en el artículo 23 de la Constitución, mutando ilegítimamente su contenido.

La Sala Constitucional también “recordó,” no sin disimular cierto absurdo orgullo, que, a petición y exhortación suya, Venezuela denunció el 10 de septiembre de 2012 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, a partir del 10 de septiembre de 2013:

“el Estado venezolano está desligado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto (*cf.* Sentencia de esta Sala número 1.175 del 10 de septiembre de 2015).”

En consecuencia, de ello, la Sala Constitucional declaró que los artículos 2, 18 y 27 de la Ley “vulneran los múltiples fallos dictados por esta Sala, en los cuales se ha declarado la *inejecutabilidad* de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” citando las siguientes sentencias:

1. Sentencia N° 1.939 del 18 de diciembre de 2008, “que declaró *inejecutable* el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.”²⁶

2. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.547 del 17 de octubre de 2011, en la cual “se declaró *inejecutable* el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales;” anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.”²⁷

3. Y sentencia de esta Sala Constitucional número 1.175 del 10 de septiembre de 2015, en la que se declaró “que es inejecutable el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2015, en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos; en consecuencia.”²⁸

Luego de citar estos lamentables fallos, la Sala pasó entonces a repasar sus anteriores decisiones relativas a declarar que “la soberanía, independencia, autonomía y autodeterminación nacional, constituyen derechos irrenunciables del Estado Venezolano y, por tanto, son inherentes a las funciones que constitucional y legalmente tiene atribuido su Poder Judicial (artículo 2 constitucional), ratificando lo resuelto en la

²⁶ Véase los comentarios sobre esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,- en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

²⁷ Véase los comentarios sobre esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como -inejecutable- en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Margarita 2012, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371.

²⁸ Véase los comentarios sobre esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La condena al Estado en el caso *Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela*, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra -acción de control de convencionalidad- ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra,- 14 de septiembre 2015, en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20\(RCTV\)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20condena%20al%20Estado%20en%20el%20caso%20CIDH%20Granier%20(RCTV)%20vs.%20Venezuela.%2014%20sep.%202015.pdf).

sentencia N° 100 del 20 de febrero de 2015, caso: (*“Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza”*), dictada para dar una “opinión jurídica” sobre la Ley del 2014 del Senado de los Estados Unidos para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil de Venezuela,²⁹ declarando que con base en ello, “el Estado venezolano ha objetado enérgicamente el uso desmedido, arbitrario y antiético de la figura de los delitos políticos para invocar el derecho de asilo; así como su concesión bajo el amparo de dicha figura a individuos sujetos a procesos judiciales, con el único fin de evadir la justicia venezolana,” citando en apoyo el “Acuerdo de la Asamblea Nacional en Rechazo al Asilo concedido por el Gobierno de la República del Perú al ciudadano Manuel Rosales.”³⁰

La Sala rechazó, en todo caso, que pudiera darse valor alguno al hecho de que algún imputado, procesado o condenado, hubiese sido excluido de la base de datos o listas de personas requeridas por la INTERPOL por persecución por delitos políticos, y que se pretenda conceder amnistía “con el solo fundamento de que algún funcionario o exfuncionario del sistema de administración de justicia haya reconocido la manipulación fraudulenta del expediente, la investigación o el proceso penal,”³¹ desconociendo que se pueda valorar que en la actividad jurisdiccional desplegada en procesos jurisdiccionales por razones políticas, puedan existir “circunstancias que menoscaban la confiabilidad en la administración imparcial de la justicia o permiten concluir que aquellas obedecen a una persecución política,” pues ello, según la Sala, implicaría violar las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 49, numerales 1, 2 y 5, de la Constitución.

De todo ello, la Sala Constitucional concluyó con su apreciación de que la inclusión de los artículos 2, 18 y 27 en la Ley, “resulta inaceptable” considerando que:

“la intención del legislador no es la de sentar las bases para la reconciliación nacional y la paz social, sino que ha pretendido explícitamente amparar la impunidad mediante la concesión de amnistía de los hechos considerados delitos, faltas o infracciones señalados en la misma, sobre la base de que el Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela reconozca, tanto a nivel de la comunidad nacional como internacional, que en su actividad jurisdiccional que le es propia, no es autónomo, independiente e imparcial, sin que ello implique que el Estado venezolano no reconozca sus obligaciones internacionales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

De todo ello, también, pura y simplemente, la Sala consideró “demostrado” que los artículos 2, 18 y 27 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional violan los artículos 2, 7, 23, 49.5, 253, 254, 256, 257, 334, 335 y 336 de la Constitución, “infringen flagrantemente los criterios jurisprudenciales con carácter vinculante y el ordenamiento jurídico” antes mencionados:

“y vulneran las sentencias dictadas por esta Sala en las cuales se ha declarado la inejecutabilidad de los fallos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta Sala declara su inconstitucionalidad. Así se decide.”

8. *La inconstitucionalidad de la amnistía por violación del derecho a la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación*

La Sala Constitucional, además, consideró que la Ley de Amnistía también era inconstitucional por violar el derecho a la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, en los términos en los cuales la propia Sala en sentencias anteriores ha “delimitado el contenido del derecho a la libertad de expresión y a la información en cuanto a su forma de manifestación y los medios empleados,” los cuales se encuentran restringidos por otros derechos que “pueden requerir una protección incluso mayor a los referidos derechos, como lo puede ser el derecho al honor, imbricado con la defensa de

²⁹ Véase los comentarios sobre esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La inconstitucional confusión e inversión de roles en el Estado totalitario: el juez constitucional actuando como -consultor jurídico- dependiente del Poder Ejecutivo en la emisión de un -dictamen- sobre la -Ley del 2014 del senado de los Estados Unidos para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil de Venezuela,- en *Revista de Derecho Público*, N° 141, (Primer semestre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 191-202.

³⁰ *Gaceta Oficial* N° 39.178 del 14 de mayo de 2009.

³¹ Como fue el caso por ejemplo del Fiscal en el caso de la condena de Leopoldo López. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -Lo que faltaba: la confesión del fiscal Franklin Nieves, acusador en el caso de Leopoldo López y otros estudiantes, condenados por los inexistentes -delitos- de -opinión- y de -manifestar,- reconociendo la ausencia de independencia y de autonomía de los jueces y fiscales en Venezuela,- 25 de octubre 2015, en <http://www.allanbrewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LO%20QUE%20FALTABA.%20Cofesi%C3%B3n%20Fiscal%20del%20caso%20Leopoldo%20L%C3%B3pez.%20Pruebas%20falsas,%20oct%202015.pdf>.

la dignidad humana,” citando para reforzar su aserto lo resuelto en sentencia N° 571 del 27 de abril del 2001 (caso: “*Francisco Segundo Cabrera Bastardo*”), y N° 1.942 del 15 de julio de 2003 (caso: “*Rafael Chavero Gazdik*”).

Del contenido de esos fallos, dedujo la Sala que resultaba “claro que la persona afectada por la emisión de una opinión tiene el derecho de accionar judicialmente contra el sujeto que emitió el pensamiento y contra el medio (radio, prensa, televisión o página de internet) a través del cual se produjo la divulgación del mismo, sin que la responsabilidad de una de las partes sea excluyente de la otra,” excluyendo sin fundamento alguno de la gracia de la amnistía, los “hechos ofensivos que atenten contra el honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de una persona,” considerando que es esos casos, “los tribunales penales ostentan una competencia genérica y funcional para conocer de la violación de este derecho constitucional que se alega violado.”

La consecuencia de ello fue, pura y simplemente que lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, al conceder amnistía en casos de hecho punibles que tengan relación con delitos de opinión, a juicio de la Sala vulnera el artículo 60 del Texto Fundamental “así como lo dispuesto en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:”

“al pretender anular el derecho de acción que tienen los afectados de solicitar ante los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación jurídica infringida, cuando han sido dañados en su honor y reputación, así como de obtener la decisión correspondiente en los causas que se encuentren en curso; pretendiendo anular con ello unos de los rasgos fundamentales del estado de derecho, como lo es la justicia. Así se decide.”

Igual consideración se extiende a los delitos de generación de zozobra, pues, como ya se expresó, si bien existe el derecho a la libertad de expresión, este no es absoluto, no pudiendo pretenderse amparar el uso delictual y malsano de dicho derecho en perjuicio de la paz social. Por lo que, definitivamente, lo que corresponde es el respeto a las decisiones que hayan sido tomadas por los tribunales en tales causas (evidentemente con el derecho a recurrir de las mismas con base en lo estipulado en la ley) o el correspondiente proceso judicial (si fuera el caso) en aquellas que no han iniciado, para que a través de un debido proceso se obtenga una decisión ajustada a derecho.”

O sea, la Sala Constitucional, impunemente, agregó a la lista de limitaciones constitucionales para decretar amnistía que se refiere única y exclusivamente a los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra (art. 29), los delitos de opinión, mutando ilegítimamente la Constitución; delitos que por lo demás han sido declarados inconvencionales en el mundo latinoamericanos; declarando entonces inconstitucional la previsión del artículo 9 de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional.

Con una decisión como esta, no sólo se eliminó la potestad de la Asamblea Nacional de decretar amnistías, sino que la Sala Constitucional de nuevo usurpó el poder constituyente y modificó la Constitución a su antojo.

9. *La inconstitucionalidad de la totalidad del articulado la Ley de Amnistía por sus “efectos en la sociedad y el ordenamiento jurídico,” como acto final de “ejecución” de la Asamblea Nacional en cumplimiento de la sentencia de muerte que se le había decretado*

Por último, la Sala concluyó su sentencia formulando una declaración genérica de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional por los efectos que según la Sala produce “en la sociedad y en el ordenamiento jurídico,” considerando que con dicha Ley “se revela una actividad arbitraria del legislador, el cual no actúa en representación del interés general de la sociedad,” pretendiendo:

“imponer una verdadera hegemonía de los intereses sectoriales ajenos a los principios constitucionales (justicia, paz y responsabilidad entre otros), presentando sus intereses particulares como valores generales, mediante un pretendido consenso social sustentado, no en un proceso de disensos y consensos propio del sistema democrático, sino aprovechándose de la legitimidad derivada de la representación indirecta que se ejerce en el marco de las competencias del Órgano Legislativo.”

O sea, como la Asamblea Nacional a partir de diciembre de 2015 responde a una nueva mayoría democrática opuesta al Gobierno que controla a la Sala Constitucional, entonces por ello, la Sala considera que la misma, por tener un legítimo criterio político de oposición al gobierno, lo que supuestamente busca es “imponer y reproducir una realidad social en el marco de un proceso de establecimiento de una posición hegemónica” acusando a la Asamblea Nacional de:

“la imposición de antivalores como la impunidad y la desobediencia a la ley, a través de un marco jurídico institucional, en el cual no se garanticen eficazmente los principios de dignidad, igualdad, libertad, entre otros, que informan el Texto Fundamental.”

Con base en ello, la Sala Constitucional, frente a una Ley de Amnistía que solo compete ser evaluada y dictada políticamente por la Asamblea Nacional, consideró que era “claro que, bajo el principio de obediencia a la autoridad,” la Asamblea lo que pretendía era “imponer una ley arbitraria que promueve la impunidad de los delitos fuera del marco constitucional,” y que además resultaba claro que la ley tenía:

“por fin, no el ejercicio de una potestad conforme al marco constitucional, sino como una normativa que atenta y desconoce su articulado, pero que, además, genera consecuencias contrarias al propio fin de toda ley de amnistía, que es lograr la paz social en el marco de un estado de derecho, lo que implica el sometimiento de los individuos y la sociedad a los canales democráticos para la solución de sus desacuerdos (Sentencia de esta Sala número 24/03).”

Imposible encontrar en una sentencia un rechazo tan determinante contra el órgano que ostenta la representación popular, donde una abrumadora mayoría le dio el control a la oposición democrática, usando para ello, cínicamente, argumentos supuestamente “democráticos.”

Por ello, sobre la motivación de una amnistía decretada por la Asamblea para reconciliar a la sociedad, la Sala negó de plano que “un proceso de diálogo político deba darse desde el olvido de los crímenes [...], como si ningún delito se hubiera cometido,” acusando a la Ley de Amnistía de desconocer a “las víctimas” considerando que “por ser las más directamente afectadas, son las que mayor interés tendrían en el juzgamiento de los delitos que hoy se presentan amnistiados,” y en fin considerando que leyes como la de amnistía, contribuyen a crear una situación de anómica:

“en la cual si bien existen las leyes y las costumbres, su respeto no está garantizado. Estas son poco observadas para la sociedad en su conjunto. La conducta anómica degenera en un caos social, por lo que constituye una real e importante amenaza para la sociedad.”

Por ello, terminó la Sala afirmando que no podía “permitir otorgar la constitucionalidad de una Ley que propenda a la anomia de la sociedad venezolana, en franco desconocimiento de sus valores y los principios y garantías que informan el Texto Fundamental.”

Con esta sentencia, en realidad, la Sala Constitucional se olvidó de lo que ella misma afirmó en la sentencia N° 794/2011 (caso: *Ricardo Fernández Barruecos y otros*), que citó al final de la misma, y que sin duda se le aplica a ella misma, en el sentido de que ella “no puede, en ejercicio de las competencias que le son atribuidas,” como es el control de constitucionalidad de las leyes, “afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran y que reflejan un conjunto de principios y valores,” como lo hizo en este caso, concluyendo con la absurda declaración de que:

“la totalidad del articulado de la analizada Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional desconoce que Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y se aparta de los fines constitucionalmente establecidos en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, motivo por el cual esta Sala Constitucional no puede impartir su conformidad con la Constitución; y así se declara.”

O sea, la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, en su totalidad, fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, eliminando de la Constitución, materialmente, no solo toda posibilidad de que la Asamblea Nacional pueda en algún momento decretar una amnistía si el Tribunal Supremo está controlado por el gobierno, sino la simple posibilidad de que la Asamblea ejerza la representación popular y decida sobre asuntos políticos.

Es decir, el órgano político por excelente en la organización del Estado no puede tomar decisiones políticas, políticamente orientadas, si las mismas no están en la línea de acción del Poder Ejecutivo que controla a la Sala Constitucional. En consecuencia, la sentencia dictada declarando la inconstitucionalidad de la totalidad del articulado de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional, equivale definitivamente a la ejecución de la Asamblea Nacional, en cumplimiento de la sentencia de muerte que la propia Sala ya había dictado.

Bajo otro ángulo, después de la oposición contra la Ley anunciada públicamente por el Ministro de la Defensa antes de dictarse la sentencia, como lo expresó María Amparo Grau:

“perdió el Estado de Derecho y el poder civil. El militar, ganó su inconstitucional batalla. Los presos políticos siguen en sus celdas y los derechos humanos de estos seres y sus familias caen víctimas de esta desigual lucha.”³²

III. LA ANIQUILACIÓN DEFINITIVA DE LA POTESTAD DE LEGISLAR POR LA ASAMBLEA NACIONAL: EL CASO DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Los dos casos antes comentados de declaración de inconstitucionalidad de la Ley del Banco Central y de la Ley de Amnistía, pusieron en evidencia la política de Estado fijada desde que se produjo la elección de los diputados a la Asamblea Nacional del 6 de diciembre de 2015 de no permitirle a la Asamblea Nacional ejercer su función de legislar. Ello en todo caso se confirmó cuando la Sala Constitucional, de nuevo, arremetió contra la Asamblea mediante sentencia N° 341 de 5 de mayo de 2016,³³ en la cual, usurpando el Poder Constituyente, por una parte mutó ilegítimamente el texto y sentido del artículo 214 de la Constitución en materia de iniciativa legislativa, quitándole paradójicamente a la propia Asamblea Nacional, que es precisamente el órgano que ejerce el Poder Legislativo, la iniciativa en ciertas materias de leyes; y por la otra, contrariando su propia jurisprudencia,³⁴ impuso, en contra de su propia interpretación del texto constitucional, la necesidad de una mayoría calificada para poder reformar leyes orgánicas así calificadas en la Constitución.

La Sala Constitucional además, sin competencia constitucional para ello, juzgó como no “razonable” la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de abril de 2016, cercenándole a la Asamblea su potestad de legislar políticamente; y declaró “inconstitucional” una norma procedimental introducida en la reforma que buscaba garantizar el debido proceso en los casos de control previo de constitucionalidad a solicitud del Presidente de la República conforme al artículo 214 de la Constitución.

La sentencia, en contra de todos los principios que rigen en materia de control de constitucionalidad, terminó declarando “inconstitucionales,” “inexistentes” y “sin ninguna aplicabilidad” todas las normas de la Ley de reforma mencionada. Con ello, la Asamblea Nacional, definitivamente quedó sin materia sobre la cual poder legislar por obra del Juez Constitucional.

Simplemente, con esta sentencia, el mundo de la justicia quedó al revés, o como lo diría Umberto Eco en boca de Adso de Melk, “marcha patas arriba”, como cuando:

“los ciegos guían a otros ciegos y los despeñan en los abismos, los pájaros se arrojan antes de haber echado a volar, los asnos tocan la lira, los bueyes bailan, los perros huyen de las liebres y los ciervos cazan leones.”³⁵

Es decir, en Venezuela tenemos un Juez Constitucional que, en lugar de ser el guardián de la Constitución, y que como tal la garantiza, es el que la viola abierta e impunemente, ejerciendo lo que podría calificarse como una “injusticia” inconstitucional, que está fuera de todo control.

1. *La Sala Constitucional cercenando en forma inconstitucional la iniciativa legislativa del propio órgano legislativo*

Así, ante una norma como es la del artículo 204.4 de la Constitución, que otorga la iniciativa en materia legislativa a las Comisiones de la Asamblea Nacional y a tres diputados al menos de la misma, y que reduce la iniciativa legislativa del Tribunal Supremo de Justicia a solo poder presentar proyectos de ley relativos a “la organización y procedimiento judiciales,” excluyendo cualquier otra materia, la Sala Constitucional “interpretado” la Constitución, llegó al absurdo contrario, afirmando que la Asamblea, es decir, sus

³² Véase María Amparo Grau, -La rebelión militar contra la fuerza de la ley,- en *El Nacional*, Caracas 13 de abril de 2016.

³³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187589-341-5516-2016-16-0396.HTML> Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, -La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,- 16 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%B3n%20%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley%20TSJ%2015-5-2016.pdf>.

³⁴ Véase sentencia N°. 34 de 26 de enero de 2004 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/ene-ro/34-260104-03-2109%20.HTM>

³⁵ Umberto Eco, *El nombre de la rosa*, Ed. Lumen, Barcelona 1987, pp. 22 y 98.

comisiones y diputados no tiene iniciativa legislativa en materia de leyes relativas a la organización y procedimiento judiciales, materia en la cual es el Tribunal Supremo el que tiene dicha iniciativa en forma exclusiva y excluyente.

La sentencia fue dictada con motivo de la remisión que le hizo el Presidente de la República conforme a lo previsto en el artículo 214 de la Constitución sobre control previo de la constitucionalidad de las leyes sancionadas y aún no promulgadas, y en la misma la Sala Constitucional procedió a declarar la inconstitucionalidad de la “Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” que la Asamblea Nacional había sancionado el 7 de abril de 2016.

Para dictar esta sentencia, con el contenido mencionado, ya la Sala había preparado el camino al agregar una frase en su sentencia N° 9 del 1 de marzo de 2016, al referirse a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, indicando entre paréntesis: “(*cuya iniciativa legislativa corresponde al Poder Judicial de forma exclusiva y excluyente, de conformidad con el artículo 204 numeral 3 de la Constitución*)”.³⁶

Con base en esa frase, en la remisión que hizo el Presidente de la República de la reforma de la Ley ante la Sala, planteó entonces ante la misma que tenía “serias dudas”:

“acerca de la competencia de los integrantes de la Asamblea Nacional para presentar proyectos de Ley al Parlamento y con ello dar inicio al procedimiento de elaboración de las leyes previsto en nuestra Constitución; toda vez que, a nuestro entender, tal competencia es exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 constitucional.”

Es decir, ni más ni menos que la negación de la iniciativa legislativa del propio órgano constitucional al cual corresponde legislar. Recuérdesse que conforme al artículo 187.1 de la Constitución, es una atribución de la Asamblea Nacional “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público,” a cuyo efecto, el artículo 204 del mismo texto dispone que “la iniciativa de las leyes corresponde” en la forma más amplia posible:

- “1. Al Poder Ejecutivo Nacional.
2. A la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes.
3. A los y las integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres.
4. Al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.
5. Al Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran.
6. Al Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral.
7. A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.
8. Al Consejo Legislativo, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.”

Por supuesto, es elemental que, con esta enumeración de iniciativas, además de la iniciativa popular de las leyes (ord. 7), por, sobre todo, es el propio órgano legislativo a través de la Comisión Delegada, de las Comisiones Permanentes o de al menos tres diputados, el que tiene la iniciativa fundamental y más general para la presentación de proyectos de ley, cualquiera sea la materia de la ley.

En cuanto a la iniciativa otorgada a los otros órganos del Poder Público Nacional, salvo respecto del Poder Ejecutivo que puede tener la iniciativa de leyes en cualquier materia legal, en relación con los otros órganos del Poder Público la Constitución limita su poder de iniciativa de las leyes, única y exclusivamente respecto de aquellas que les conciernen. Es decir, el Tribunal Supremo de Justicia, puede tener iniciativa legislativa única y exclusivamente “cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales” (ord. 4); el Poder Ciudadano, puede tener iniciativa legislativa única y exclusivamente “cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran” (ord. 5); y el Poder Electoral, puede tener iniciativa legislativa única y exclusivamente “cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral” (ord. 6).

³⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>. Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, -enhttp://www.allanbrewer-carías.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EI%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf.

Por tanto, dichos órganos del Poder Público nacional no tienen iniciativa alguna para presentar ante la Asamblea Nacional proyectos de ley sobre otras materias distintas a las mencionadas. Y lo mismo se aplica a la iniciativa otorgada a los Consejos Legislativos de los Estados, que única y exclusivamente pueden presentar ante la Asamblea Nacional proyectos “cuando se trate de leyes relativas a los Estados” (ord. 8).

Ese y no otro es el sentido de lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución, establecido para solo limitar la iniciativa legislativa de los órganos de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral reduciéndola solo a las materias que les conciernen, pero en cambio sin limitar en forma alguna las materias de los proyectos de ley que pueden presentarse por iniciativa popular, por el Poder Ejecutivo y, por supuesto, por los propios órganos del órgano legislativo y sus diputados.

En este mismo sentido, como bien lo observó María Amparo Grau, en materia de iniciativa legislativa:

“De forma amplia se le reconoce a la Asamblea y sus miembros, al Poder Ejecutivo nacional y a la acción popular, y de forma limitada a los otros órganos del Estado mencionados en la norma, Tribunal Supremo de Justicia, Poder Ciudadano, Poder Electoral y al consejo legislativo estatal, los cuales la tendrán solo en los supuestos previstos en el artículo 204 citado.

En ningún caso puede entenderse que la iniciativa excepcional de estos órganos excluye la general de a quienes se les confiere de forma no limitada. No es que el Tribunal Supremo de Justicia sea el único que tenga iniciativa en las leyes judiciales, o el Poder Electoral en las electorales ni los consejos legislativos en las que atañen a los estados, porque eso no es lo que dice la Constitución, tanto más cuanto que es competencia de la Asamblea “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional” (artículo 187, numeral 1).³⁷

A pesar de la claridad de la norma, sin embargo, el Presidente argumentó ante la Sala Constitucional en su escrito, y esa era su “seria duda,” que supuestamente la norma del artículo 204 establecía lo contrario, para buscar limitar la función legislativa de la Asamblea, argumentando que más bien lo que la norma establecía era:

“una verdadera reserva constitucional a los poderes allí señalados, para que presenten ante el Asamblea Nacional el proyecto de Ley, cuando éste se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales, a los órganos que lo integran, y a la materia de su competencia según sea el Poder que lo presente.”

O sea que de una norma limitativa de la iniciativa legislativa que pueden tener los órganos de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, el Presidente “interpretó” que de lo que se trataba era de todo lo contrario, es decir, de una norma limitativa de la iniciativa legislativa del órgano legislativo, en el sentido de que sólo el Tribunal Supremo de Justicia tendría la iniciativa de las leyes relativas a la organización y procedimiento judiciales; de que sólo el Poder Ciudadano tendría la iniciativa de las leyes relativas a los órganos que lo integran; y de que solo el Poder Electoral tendría la iniciativa de las leyes relativas a la materia electoral.

Todo ello, con carácter excluyente en el sentido de que el órgano que legisla, es decir, absurdamente, la Asamblea Nacional, no podría tener la iniciativa para legislar sobre esas materias, y solo podría discutir y debatir los proyectos que le presenten los Poderes Públicos, con lo que, a juicio del Presidente se garantizaría:

“el ejercicio de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, en un equilibrio perfecto que impide que el Poder Legislativo se apropie del resto de los Poderes Públicos, imponiendo desde allí posiciones políticas para favorecer a determinadas corrientes de la vida nacional.”

Y ello fue lo que insensatamente acogió la Sala Constitucional en su sentencia, contra toda lógica y contra lo que la Constitución establece, considerando nada menos que inconstitucional la Ley de reforma, porque la Asamblea Nacional, que es el órgano que ejerce el Poder legislativo, se le ocurrió la idea de ejercer su iniciativa legislativa para reformar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Presidente, y así lo acogió la Sala, consideró que, con ello, no se había seguido “el procedimiento constitucionalmente establecido para la formación de las leyes,” lo cual a su juicio viciaba “de nulidad absoluta todo el proceso y por ende el resultado del mismo.”

La reforma sancionada, que la Asamblea Nacional justificó en la Exposición de motivos con base en el cúmulo de competencias en materia de Justicia Constitucional que tiene la Sala Constitucional conforme

³⁷ Véase María Amparo Grau, -Fraude constitucional: mermar la iniciativa legislativa,- en *El Nacional*, Caracas, 6 de abril de 2016.

a la Constitución y la ley, básicamente tuvo por objeto aumentar el número de magistrados de la misma de cinco a quince magistrados (art. 8). A esa reforma se agregaron otras dos reformas sobre el procedimiento en los casos de causas que no requieren sustanciación (art. 147), y sobre el procedimiento en los casos de las solicitudes de control previo de constitucionalidad formuladas por el Presidente de la República conforme al artículo 214 de la Constitución (norma nueva en la reforma - artículo 146), incorporándose una Disposición Final sobre la elección de los nuevos magistrados de la Sala Constitucional por el aumento propuesto.

Para decidir, la Sala Constitucional, de entrada, acogió lo expresado por el Presidente, mutando la Constitución, inventándose una “atribución exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia para la iniciativa legislativa en materia de organización y procedimientos judiciales.”

Es decir, que de una norma restrictiva como es el artículo 204 de la Constitución que luego de regular en sentido amplio la iniciativa legislativa para las Comisiones de la Asamblea y para al menos tres diputados, dispuso que la iniciativa de las leyes corresponde “4. *Al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales*” (subrayado de la Sala); dedujo la Sala Constitucional que lo que la norma en realidad regulaba era una competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo que simplemente le quitaba toda iniciativa legislativa en la materia a la propia Asamblea Nacional a través de su Comisión Delegada o de las Comisiones especiales o de al menos tres diputados, lo cual siempre tuvo en Venezuela, desde que se constituyó el Estado en 1811. Y nada cambiaba el régimen constitucional por el hecho de que la iniciativa en la elaboración del proyecto de Ley del Tribunal de 2004 y de la reforma de 2010, en su momento hubiese partido del Tribunal Supremo de Justicia, como lo reseñó la sentencia.

La Sala Constitucional, además, advirtió que conforme al artículo 211 de la Constitución es “requisito imprescindible oír la opinión del Tribunal en el proceso de formación de la ley” cuando se refiera a la *organización y procedimientos judiciales*; y que en este caso, sin embargo, a juicio de la Sala la Asamblea procedió a sancionar la reforma “de forma desconsiderada, se pretendió cumplir con la previsión contenida en el artículo 211 constitucional de manera irregular, irrespetuosa y con evidente fraude a la Constitución,” consultando al Tribunal “para que respondiera un cuestionario exiguo e irrelevante,” lo que la Sala consideró que tal proceder no se compadecía “ni con la letra ni con el espíritu del artículo 211 constitucional.”

Todo ello lo consideró la Sala como una “conducta irrespetuosa y fraudulenta a la Constitución,” concluyendo que “desde un punto de vista constitucional resulta totalmente irrita. Así se decide.”

2. *La Sala Constitucional imponiendo a la Asamblea Nacional una mayoría calificada para la reforma las leyes orgánicas contrariando su propia jurisprudencia interpretativa*

La Sala Constitucional, en la misma sentencia N° 341 de 5 de mayo de 2016, por otra parte, pasó luego a decidir sin que siquiera ello se hubiese planteado en la solicitud formulada por el Presidente al remitir la Ley de reforma de la Ley Orgánica para su consideración, sobre un tema que ya había resuelto anteriormente—cuando el cuadro político en la Asamblea Nacional era otro, es decir, cuando el oficialismo contaba con mayoría—interpretando el artículo 203 de la Constitución, sobre la mayoría requerida para reformar leyes orgánicas así calificadas en la Constitución. Dicha norma, en efecto, sobre la reforma de las leyes orgánicas dispone que:

“*Artículo 203. [...] Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquél que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas.*”

Pues bien, contra la lógica del texto constitucional, como lo advertimos en su momento,³⁸ la Sala Constitucional—porque se insiste en ese momento le interesaba políticamente justificar que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo se podía hacer con mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de los diputados presentes—, mediante sentencia N° 34 de 26 de enero de 2004 dictada precisamente para “interpretar el artículo 203 de la Constitución,” resolvió lo siguiente:

“esta Sala Constitucional reitera que, conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, *no es necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación*

³⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Tomo I, p. 451.

constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes, entre los que se encuentra el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y, advertido el silencio en la norma contenida en el referido artículo 203, respecto de la mayoría parlamentaria requerida para la sanción de cualquier ley orgánica, esté o no investida con tal carácter por la Constitución de 1999, declara que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 209 de la Norma Fundamental y 120 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, cuya última reforma fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinario, N° 5.667, del 10-10-03, será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría. Así se decide.”³⁹

Sin embargo, doce años después, como la situación política era distinta a la de 2004, la Sala Constitucional varió radicalmente su interpretación del artículo 203 de la Constitución, por una totalmente opuesta a la antes establecida, decidiendo en cambio que para *modificar o reformar una ley orgánica así calificada en la Constitución* (como orgánica), ahora se requiere que la misma si sea objeto de votación calificada de las dos terceras partes de los diputados presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de reforma, no bastando la mayoría absoluta que antes dispuso. Sobre la discrepancia de sus propias y cambiantes interpretaciones constitucionales, hechas a la medida de los vaivenes políticos, la Sala solo dijo que lo que había resuelto en 2004, estaba “acorde con la realidad constitucional que se planteaba para ese momento y en relación al aludido texto legal.”

En realidad, la “realidad constitucional” no había cambiado, y lo que sí había cambiado era la “realidad política.” Por eso, la interpretación constitucional que adoptó era válida en 2004, cuando los diputados oficialistas no lograban obtener una mayoría calificada para aprobar la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo; pero no era válida cuando los diputados oficialistas eran minoría en la Asamblea, llegando la Sala a decidir en 2016, al contrario de lo resuelto en 2004, que:

“En conclusión, esta Sala reitera que tal como lo exige el Constituyente, se requiere la mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, antes de la discusión del respectivo proyecto de ley, cuando se trate el mismo de una modificación de una ley orgánica, sea cual fuere su tipo o modalidad, según lo contemplado en el artículo 203 constitucional. Así se decide.”

3. *La Sala Constitucional juzgando sobre la “razonabilidad” de la reforma de leyes, cercenándole a la Asamblea su potestad de legislar políticamente*

La sentencia de la Sala Constitucional, por último, y también sin que el Presidente de la República hubiese argumentado nada sobre ello, entró a juzgar sobre la “razonabilidad” de la reforma legal sancionada en el sentido de incrementar el número de magistrados de la Sala Constitucional, considerando que dicha reforma no tenía “justificación lógica.” Con ello, de nuevo, la Sala le negó a la Asamblea Nacional como órgano legislativo, determinar políticamente, de acuerdo con la mayoría política que la compone, el sentido de la legislación que sancione; y ello, a pesar de que como la Sala lo reconoció en la sentencia, la Constitución en el artículo 262 dejó la determinación del número de magistrados que integran las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, enteramente en manos del legislador. Y así fue cómo en las reformas de la Ley Orgánica de 2004 y 2010, se fijó en siete magistrados los integrantes de la Sala Constitucional y cinco magistrados para cada una de las otras Salas.

Mediante la reforma de abril de 2016, la Asamblea Nacional, dada la importancia de la Sala Constitucional en materia de Justicia Constitucional, decidió incrementar el número de magistrados de la misma a quince magistrados, y ello fue lo que la propia Sala Constitucional pasó a juzgar, con meros criterios de “racionalidad y de razonabilidad,” quitándoselos al Legislador. Reconoció la Sala en efecto que “la integración de las Salas corresponde al legislador,” pero se reservó para sí analizar “la racionalidad o razonabilidad de una prescripción normativa, de acuerdo a la lógica, espíritu o tendencia del ordenamiento jurídico,” y considerando que “el legislador debe ser razonable,” procedió a juzgar si había actuado “ajustado a la razón, moderado y racional, sin exageración ni abuso.”

Bajo este nuevo criterio de juzgar la actuación de Poder Legislativo, esencialmente político, la Sala consideró que la reforma implicaba “aumentar de una manera desmesurada los magistrados” estimando el incremento de siete a quince magistrados “injustificado,” supuestamente violando con ello, pero sin decir cómo ni por qué:

³⁹ Véase sentencia N° 34 de 26-01-04 (Caso: *Interpretación artículo 203 de la Constitución*). Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/34-260104-03-2109%20.HTM>.

“los principios de autonomía e independencia del Poder Judicial (artículos 136, 137, 253 y 267), de supremacía constitucional (artículo 7), de protección judicial del texto fundamental (artículo 335) y el principio democrático (artículo 2 y 6), todos expresamente contenidos en la Constitución vigente.”

De nada valió toda la justificación expuesta por la Asamblea Nacional en la propia Exposición de Motivos de la reforma de la ley, en el hecho cierto de la expansión de las funciones de la Sala Constitucional en materia de justicia constitucional, de protección de los derechos humanos e incluso de control de convencionalidad; concluyendo en cambio con su propia apreciación que “con el número de magistrados que hoy la integran, tiene [...] claramente la suficiencia y capacidad de sus miembros para ejercer las atribuciones y competencias que constitucional, legal y jurisprudencialmente le han sido asignadas.”

Y más nada; citando en la sentencia cuanta estadística se le ocurrió, la Sala Constitucional le negó a la Asamblea Nacional su potestad de legislar en materia de organización de Poder Judicial, y poder aumentar el número de magistrados del Tribunal Supremo, que consideró “impertinente” e “injustificada;” agregando, además, que:

“la justificación asomada en la Exposición de Motivos no está debidamente soportada ni económica ni racionalmente, no existiendo una estimación de la incidencia o impacto presupuestario debidamente sustentado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional.”

Artículo éste último del Reglamento, que por lo demás, no lo sancionó la Asamblea sino la propia Sala Constitucional en otra inconstitucional sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, que se analiza más adelante.

De todo ello, concluyó la Sala Constitucional, pura y simplemente que “ninguna Sala debe ser ‘hipertrofiada’ sin fundamento lógico y sin tomar en cuenta las condiciones humanas y materiales para su efectiva implementación. Así se declara.”

4. *La Sala Constitucional declarando “inconstitucional” una norma procedimental en materia de control previo de constitucionalidad que buscaba garantizar el debido proceso*

Con motivo de las decisiones adoptadas por la Sala Constitucional en materia de control previo de constitucionalidad, a solicitud del Presidente de la República, considerándose el asunto siempre como de mero derecho y sin posibilidad alguna de que las personas o funcionarios interesados puedan formular alegatos, en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional decidió excluir de las causas que no requieren sustanciación (artículo 145), precisamente los procedimientos de control previo de constitucionalidad, buscando garantizar el debido proceso.

Dicha modificación la consideró la Sala en su sentencia como abiertamente inconstitucional, pues agregó “un procedimiento no previsto por el Constituyente de 1999 (ni tampoco por el de 1961 –artículo 173 constitucional, último aparte–), en un asunto de mero derecho.” El argumento, por supuesto, fue completamente errado, primero, porque es el Legislador el que precisamente regula los procedimientos judiciales que, por supuesto, no están ni pueden estar establecidos en la Constitución (de lo contrario la Asamblea ni siquiera podría sancionar el Código de Procedimiento Civil, o las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa); y segundo, que nada autoriza a considerar *per se*, que el procedimiento del control previo de constitucionalidad sea siempre de “mero derecho” y que deba desarrollarse siempre sin que las partes interesadas, como puede ser por ejemplo la propia Asamblea, puedan formular alegatos en defensa de la ley sancionada.

La Sala Constitucional en cambio, sin argumentación alguna, consideró que la creación del trámite procedimental para “sustanciar” la solicitud de declaración de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República (artículo 214 constitucional), no perseguía “subsana una insuficiencia del Texto Fundamental ni de la vigente Ley Orgánica en caso de controversia entre el Poder Ejecutivo y la Asamblea Nacional; sino introducir un trámite inconstitucional dentro de una modalidad de control previo que, por su naturaleza, es de mero derecho.” Dicho trámite, que introducía elementos de garantía del debido proceso, concluyó la Sala Constitucional, también sin argumentación alguna:

“no es solo “*contra natura*,” sino que persigue subliminalmente dificultar el pronunciamiento oportuno de la Sala para que transcurra el lapso perentorio que el Constituyente dispone, introduciendo el análisis de admisibilidad, una audiencia constitucional y hasta la posibilidad de “*presentar pruebas, según el tema de controversia*.”

O sea que para la Sala Constitucional el garantizar el debido proceso en los procedimientos constitucionales, es simplemente “contra natura.” Muy poco, por tanto, se puede esperar de este órgano que, de garante de la supremacía e integridad de la Constitución, pasó a ser el instrumento para garantizar su violación impune.

5. *La Sala Constitucional declarando “inconstitucional” el ejercicio de la función de legislar por la Asamblea Nacional por “desviación de poder”*

Por último, la Sala Constitucional, como si no fuera poco lo que ya había hecho y logrado con su sentencia, castrando a la Asamblea Nacional de su potestad de legislar, terminó en la misma considerando que en la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que había sancionado la Asamblea, debía “advertirse con claridad un vicio, igualmente inconstitucional [que es] la desviación de poder.”

Sobre dicho vicio, que se menciona en los artículos 139 y 259 de la Constitución y que en principio se aplica respecto de la actividad de la Administración Pública conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Sala Constitucional lo generalizó, considerando que se manifiesta “cuando el funcionario u órgano que tiene competencia para tomar una decisión en una situación de hecho concreta efectivamente decide, pero no para cumplir los fines previstos en la norma, sino para otros distintos.” Para alegarse este vicio, por tanto, quien lo hace debe probar que efectivamente el funcionario hizo uso del poder que tiene, pero para lograr un fin distinto al establecido en la norma atributiva de competencia.

Y de allí, sin prueba alguna –que es la fase complicada y difícil del vicio de desviación de poder– la Sala Constitucional simplemente concluyó en que al aprobar la reforma de la Ley Orgánica incrementando el número de Magistrados de la Sala Constitucional, la Asamblea no persiguió

“optimizar” el funcionamiento de la Sala en el ejercicio de sus múltiples atribuciones [...] sino copar de nuevos integrantes esta instancia judicial para entorpecer la labor de la máxima instancia de protección de la Constitución, con fines claramente políticos.”

Y lo más cínico del argumento de la Sala Constitucional fue, en esta materia, el reconocimiento de que los requerimientos para la elección de los magistrados del Tribunal Supremo conforme a la Constitución, se establecieron “con el ‘propósito de apartarlos de los eventuales cambios en la correlación de fuerzas políticas-partidistas en el seno de la Asamblea Nacional,’ buscando “no someter la integración del máximo Tribunal del Estado, a los vaivenes y cambios de los poderes intrínsecamente políticos.” Es decir, como precisamente había sucedido en el caso de las designaciones de los magistrados efectuadas en diciembre de 2014 y diciembre de 2015, entre los cuales estaban los magistrados que estaban sentenciando. Es decir, como lo observó la organización *Acceso a la Justicia*:

“En esta decisión, la Sala Constitucional se muestra muy preocupada por defender su independencia cuando es conocido que los magistrados en buena medida son activistas políticos o tienen importantes lazos con el gobierno de turno.”⁴⁰

O como lo constató el Secretario General de la Organización de Estados Americanos en su comunicación del 30 de mayo de 2016 sobre la activación de la Carta Democrática Interamericana respecto a Venezuela, la actual integración del Tribunal Supremo “está completamente viciada tanto en el procedimiento de designación como por la parcialidad política de prácticamente todos sus integrantes.”⁴¹

En fin, para la Sala Constitucional, la desviación de poder que le atribuyó a la Asamblea Nacional derivaban de “las intenciones subyacentes al proyecto” de Ley de Reforma, sumándose así esta decisión a lo ya resuelto en otras de la Sala, en las cuales declaró el mismo vicio con el objeto de cercenarle a la Asamblea su potestad de legislar, como órgano político. Ese fue el caso de las sentencias N° 259 del 31 de marzo de 2016 (caso: *constitucionalidad de Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela*), y N° 264 del 11 de abril de 2016 (caso: *Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*), que la Sala no dejó de recordar

⁴⁰ Véase -La Sala Constitucional usurpa otra vez las atribuciones de la Asamblea Nacional,- *Acceso a la Justicia, Observatorio Venezolano de la Justicia*, 12 de mayo de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/info-justicia/noticias/la-sala-constitucional-usurpa-otra-vez-las-atribuciones-de-la-asamblea-nacional/>.

⁴¹ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 127. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf. En dicho Informe se afirma con precisión, que al menos cinco de los trece magistrados designados en 2015 –serían activistas político partidistas y ocuparon cargos dentro del gobierno nacional,- *Ídem*, p. 83.

expresamente; a la cual se suman la sentencia N° 343 de 6 de mayo de 2015 (caso: *Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de los Programas Habitacionales del sector público*), y la sentencia N° 460 de 16 de junio de 2016 (caso: *Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud*), que se analizan más adelante.

La conclusión fue también en este caso, la declaratoria por la Sala Constitucional de la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sancionada por la Asamblea Nacional en su sesión ordinaria del 7 de abril de 2016, declarando entonces que “se preserva la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 del 1 de octubre de 2010.”

Con esta sentencia, como lo observó María Amparo Grau, al:

“restar judicialmente las competencias constitucionales del Parlamento con una consideración totalmente contraria al derecho es “un fraude hacia el orden fundamental” y un golpe judicial al Estado constitucional de Derecho.”⁴²

Entonces, si con las anteriores sentencias dictadas en contra del Parlamento en los primeros meses de 2016, citadas por la misma Corte, se había sentenciado de muerte de la Asamblea Nacional, y se la había ejecutado, e incinerado sus despojos, lo que ahora ha ocurrido con esta sentencia, equivale a la dispersión de sus cenizas.

Ya nada más podrá hacer la Asamblea Nacional, como órgano constitucional respecto de sus funciones propias, por decisión precisamente de la Sala Constitucional, que debía haber sido, al contrario, el órgano que debía garantizarle el ejercicio de sus funciones.

IV. LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE OTORGAMIENTO DE TÍTULOS DE PROPIEDAD A BENEFICIARIOS DE LOS PROGRAMAS HABITACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO: DERECHO A LA VIVIENDA VS. DERECHO DE PROPIEDAD

El Presidente de la República también solicitó de la Sala Constitucional, conforme al 214 de la Constitución, el control previo de la constitucionalidad de la “Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público,” que había sido sancionada por la Asamblea Nacional el 13 de abril de 2016; y mediante la cual se legisló a los efectos de “regular el otorgamiento de la titularidad del derecho de propiedad plena a los beneficiarios de unidades de vivienda construidas” por el Estado (art. 1), estableciéndose la obligación de cumplir con ello a todos “órganos o entes públicos competentes encargado de la ejecución del proyecto habitacional de que se trate”(art. 2); y regulándose el derecho de los beneficiarios a cuyo favor se otorgue el correspondiente documento protocolizado “de poder *disponer libremente del bien conforme lo establecido en el artículo 545 del Código Civil*.”

La Sala Constitucional, unas semanas después, declaró la inconstitucionalidad de la Ley mediante sentencia N° 343 de 6 mayo 2016.⁴³

El fundamento para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley expresado por el Presidente de la República, estuvo en considerar que la Asamblea Nacional había inobservado:

“el procedimiento de formación de la Ley, en particular, por no haberse cumplido con lo establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo señalado por esta Sala en la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, en la que se señaló la obligatoriedad del estudio de impacto económico para determinar la viabilidad de la legislación a ser aprobada, así como el proceso de consulta pública correspondiente”.

A ello agregó el Presidente para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley, en “los perjuicios que considera que esta Ley tendría en la población por dársele propiedad al negocio inmobiliario sobre el derecho a la vivienda de las familias,” considerando que la Ley:

“atenta contra ese derecho, al menos contra su sustancia de derecho humano, dando preeminencia (como fuera tiempo atrás) a una disfrazada esencia económica, más bien parecida al derecho de propiedad privada.”

⁴² Véase María Amparo Grau, -Fraude constitucional: mermar la iniciativa legislativa,- en *El Nacional*, Caracas, 6 de abril de 2016.

⁴³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187591-343-6516-2016-16-0397.HTML>.

La Sala en su sentencia, constató que a la Ley sancionada no se acompañó “ninguna ponderación en cuanto a cómo afectaría la Ley al sistema público de construcción de viviendas,” y otros impactos económicos de la misma, a fin de poder determinar la viabilidad económica de la Ley. Por ello, con base en lo ya decidido por la Sala Constitucional en la referida sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, la Sala constató que en este caso:

“no existe constancia de que se haya cumplido con las exigencias establecidas en los artículos 208, 311, 312, 313 y 314 de la Constitución y en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. Así se declara.”

Pasó luego la Sala a considerar si el contenido de la Ley se ajustaba a los principios establecidos en la Constitución, haciendo una “ponderación y análisis de los derechos constitucionales regulados por esta ley, cuales son el derecho a la vivienda, establecido en el artículo 82 del Texto Fundamental y el derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 115 *eiusdem*,” en particular, “a la luz de los cambios significativos que en materia social trajo la aprobación de la Constitución de 1999, que obligaron a una transformación en la cultura jurídica venezolana,” considerando la gestación de “un nuevo régimen constitucional” en el cual todos los derechos previstos en la Constitución son fundamentales.

Con base en ello, pasó la Sala a argumentar sobre el rol pasivo que tenía la actuación del Estado en el “Estado de derecho liberal” que “fue circunscrito a la mínima participación [...] a objeto de no comprometer la libertad e igualdad formal de sus ciudadanos,” haciendo el contraste con el “desarrollo del Estado social de derecho, incorporándose, a partir de 1947 en las Constituciones venezolanas la cláusula de Estado social de derecho, propugnando la participación del Estado en condición de protagonista para equilibrar las diferencias sociales, proyectándose en el círculo de los derechos humanos en pos de su eficacia;” concepto recogido en la Constitución de 1999 (art. 2); respecto del cual la Sala en anterior sentencia que cita, N° 85, del 24 de enero de 2002 (caso: *ASODEVIPRILARA*) puntualizó que tiene por objeto reforzar “la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución.”

Bajo estas premisas, la Sala pasó a analizar la inclusión en la Constitución del derecho a una vivienda, al establecer en su artículo 82, que:

“Artículo 82. “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos.”

“El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.”

La Sala consideró que dicho derecho, más formulado como política pública que como derecho exigible en los términos que se redactó la norma,⁴⁴ “se encuentra entre los llamados derechos prestacionales de

⁴⁴ La Sala Constitucional, en su sentencia, recordó mi intervención en la Asamblea Constituyente, pero erradamente se refiere a -la concepción como derecho programático sostenida por el constituyente Allan Brewer-Carías.- Yo no sostuve que se trataba de un -derecho programático.- Lo que dije fue que dicha norma estaba mal redactada, pues tal como quedó -no respondía al principio de la alteridad. El derecho consagrado implica una obligación del Estado a proveer vivienda, y lo que debió preverse es el derecho de las personas de acceder a la vivienda y el deber del Estado a proveer los medios para garantizar ese acceso.- Por ello en la sesión del 30 de octubre de 1999, primera discusión del proyecto, expuse lo siguiente: -La forma de redacción del artículo debe ser objeto de meditación por la Asamblea. Cada vez que se regula un derecho constitucional, tiene que tenerse en cuenta el llamado -principio de la alteridad-, un derecho constitucional implica una obligación de alguien. Cuando consagramos pura y simplemente: -Toda persona tiene derecho a una vivienda digna, segura, cómoda de dimensiones apropiadas higiénicas, con acceso al disfrute de servicios básicos esenciales-, que es una fórmula ideal, estamos estableciendo que el Estado está obligado a suministrar vivienda en estas condiciones a todos, a toda persona, inclusive al transeúnte que aparezca por este país.- Frente a ello, expresé que -aquí lo que se tiene que garantizar es el derecho al acceso a los medios para poder obtener vivienda, y la obligación del Estado a garantizar la disposición de esos medios, a los efectos de vivienda, pero tal como está redactado el artículo, es una norma que establece una obligación pura y simplemente imposible de cumplir en cualquier parte del mundo.- Por todo ello, al final de la sesión del día 30 de octubre de 1999, consigné mi Voto Salvado sobre la redacción de esta norma, con el siguiente texto: -Salvo mi voto, porque a pesar de la buena intención y del ideal que expresa, la forma como quedó redactada esta norma la hace completamente incumplible. En la consagración de cualquier derecho, y más los de orden constitucional, debe tenerse en cuenta el principio de alteridad, en el sentido de que si se prevé un titular de derechos

interés social, cuya satisfacción progresiva debe ser garantizada por el Estado,” el cual debe por ello, instrumentar “medidas que contribuyan al diseño y formulación de políticas sociales en aras de lograr el efectivo ejercicio de dicho derecho constitucional.” Consideró incluso la Sala que la implementación de dicha política pública “por el Estado a través del Ejecutivo lo obligan, en aras de superar el asistencialismo, a reconocer que las personas beneficiarias de la misma resultan titulares de derechos.”

La Sala, sin embargo, constató que “desde 1961 en Venezuela el derecho constitucional a la vivienda está ligado a la protección de las familias, por lo que su satisfacción por parte del Estado debe dirigirse primordialmente a tal fin, concepción esta que fue desarrollada con mayor profundidad en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.” Bajo este ángulo, la Sala entonces pasó a examinar:

“el carácter prestacional del derecho social a la vivienda, frente al derecho de propiedad que atañe a las libertades puramente individuales con todos sus efectos, que implican el uso, goce, disfrute y disposición de un bien por parte del titular del mismo con exclusión del resto de la sociedad, debiendo el Estado abstenerse de perturbar dicho derecho y, además, garantizar que no sea menoscabado por terceros, pero no implica que el Estado deba proveer de bienes a los ciudadanos y ciudadanas, por lo que se trata de un derecho de libertad individual pero no de carácter prestacional.

Entonces la Sala pasó a referirse al derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución sujeto las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general, “lo que implica que no tiene un carácter absoluto, sino que, como todos los derechos constitucionales, se encuentra limitado por su interacción con otros del mismo rango, siempre y cuando no se altere su núcleo esencial,” de manera que –afirmó la Sala– “puede verse afectado en aras del interés social, sin que esto signifique vulneración a los principios y garantías previstas en la Constitución.”

En cuanto al derecho a la vivienda, considerando la Sala que busca “la satisfacción de una necesidad básica de todas las familias de tener un lugar donde habitar,” constató que “el mercado inmobiliario, al concebirla como una mercancía y su producción como un negocio solo permite su acceso a quienes tienen la capacidad económica para adquirirla y no como el derecho humano,” considerando que:

“la obligación que tiene el Estado de implementar políticas públicas eficaces de protección que permitan que todas las familias, independientemente de su capacidad económica, puedan acceder a una vivienda digna, mientras que el derecho de propiedad resguarda la libertad de los ciudadanos de disponer de bienes materiales sin que se les perturbe en el ejercicio de dicha libertad.

En definitiva, de ello, la Sala Constitucional arguyó que

“la regulación que se haga de las unidades habitacionales dentro del marco de las políticas públicas para satisfacer el derecho a una vivienda digna no excluye el derecho a la propiedad, pero debe protegerse el acceso y mantenimiento del ejercicio del derecho social con adecuación a cada situación familiar, para que una vez cumplidas cada una de las fases de las obligaciones adquiridas, por una parte por el Estado y por la otra por los beneficiarios, esta propiedad se transfiera del Estado a la familia adjudicataria, evitando que ésta, en virtud de su vulnerabilidad económica, se vea presionada a ceder su derecho de propiedad para satisfacer otras necesidades materiales en menoscabo del derecho a la vivienda que el bien inmueble adjudicado por el Estado está llamado a cumplir en razón de su función social.

Después de esto, la Sala concluyó negando de plano la posibilidad de transferir la propiedad a los beneficiados con las viviendas del Estado indicando que “en el caso de las unidades habitacionales que el Estado ha destinado a garantizar el derecho a la vivienda de las familias la misma se circunscribe a cumplir con dicho fin, por lo que *debe excluirse la posibilidad de que los destinatarios de estos planes sociales puedan verse privados de su derecho a la vivienda por razones económicas que impliquen la transmisión de la tenencia del inmueble a través de los mecanismos especulativos del mercado.*”

La Sala, además, consideró que ese derecho a la vivienda consecuencia de las políticas públicas,

“debe tener limitaciones que impidan que la disposición de la misma desnaturalice su función social, impidiendo que se trate como cualquier objeto del comercio que pueda negociarse libremente en el mercado sin una protección reforzada del derecho que está llamada a satisfacer; de lo contrario, el derecho

(un sujeto de derecho o todos) necesariamente tiene que haber un obligado (uno a todos); no puede haber derecho sin obligación. [...] En realidad, la norma debió prever el derecho a acceder a la vivienda, lo que obliga al Estado a proveer los medios (urbanísticos, rurales, materiales, financieros) para garantizar tal acceso en condiciones de igualdad o dando prioridad a determinadas familias.- Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

constitucional a una vivienda digna podría ceder ante el ejercicio del derecho a la propiedad si no cuenta con una protección reforzada para la familia a la que se le adjudicó el inmueble, razón por la cual estos dos derechos en principio compatibles resultarían contrapuestos.”

Es decir, conforme a la doctrina de la sentencia, “el otorgamiento de títulos de propiedad sobre las unidades de vivienda adjudicadas dentro del marco de las políticas sociales del Estado, solo puede darse mediante un sistema que rigurosamente garantice que las familias no puedan verse privadas del ejercicio del derecho a la vivienda por la disposición del derecho a la propiedad con fines distintos al que está ligado el bien inmueble, es decir su función social que garantizar una vivienda digna de interés social, razón por la cual esta finalidad se constituye en un límite intrínseco del derecho de propiedad sobre tales inmuebles.”

Por todo lo anterior, consideró la Sala Constitucional que:

“una legislación que anteponga la libre disponibilidad del bien sobre la función social que tiene una unidad habitacional adjudicada por el Estado para garantizar el derecho de las familias de acceder a una vivienda digna, resulta contraria a los principios rectores del Estado venezolano constituido como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y por tanto deviene inconstitucional y como tal nula. Así se declara”.

Por tanto, al pasar a analizar el articulado de la Ley, particularmente el artículo 23 que disponía que los beneficiarios en cuyo favor se otorgase el correspondiente documento protocolizado de propiedad podían en consecuencia disponer libremente del bien conforme lo establecido en el artículo 545 del Código Civil, la Sala consideró que ello se hacía “con la intención de desvincular la propiedad de las unidades habitacionales de las restricciones que tiene por su función social al servicio del interés general, de garantizar el acceso a otro derecho fundamental, como lo es el acceso a la vivienda de las familias con menos recursos económicos.”

Al regularse en la Ley la posibilidad de traspaso de la propiedad, agregó la Sala, sin que se “imponga algún requisito adicional para el traspaso de un bien público del dominio privado a un particular, ni algún tipo de garantía que permita preservar la función social del mismo para que no ingrese al mercado inmobiliario bajo modalidad de venta o alquiler por parte del adjudicatario o al mercado secundario de hipotecas por parte de alguna entidad financiera en favor de la cual se haya constituido alguna garantía real,” ello implicaría una “desviación de la función social para la cual fue concebida la unidad de vivienda adjudicada por el Estado” y “un enriquecimiento sin causa de quien comercie con dicho bien.”

De todo ello, indicó la Sala que la normativa de la Ley en cuestión “resulta inconstitucional” porque:

“la transferencia de la propiedad de las unidades habitacionales adjudicadas por el Estado para satisfacer el derecho de las familias a una vivienda digna, de modo tal que estas puedan disponer de dichos inmuebles sin ninguna limitación que resguarde la función social de dicha propiedad, resulta contraria al interés general materializado a través de las políticas del Estado para satisfacer el derecho social de una vivienda digna para todas aquellas personas más débiles y vulnerables.”

En ese mismo orden de ideas, la Sala también consideró a la Ley inconstitucional, por contrariar supuestamente el principio de la progresividad en materia de derechos humanos establecido en el artículo 19 de la Constitución al considerar que la misma planteaba “la “progresividad” del “derecho de propiedad” y la omitía en cuanto a la satisfacción del “derecho a la vivienda” y “la protección a la familia,” respecto del cual estimó, sin razón, que la Ley era regresiva, al abandonar el “carácter social del derecho fundamental a la vivienda en favor del mercado lucrativo con base en la *libre disposición del inmueble* bajo el supuesto de constituirse en el *mecanismo de apalancamiento para la inclusión financiera y de emprendimiento*.”

A todo lo anterior se agrega, respecto de las previsiones de la Ley que establecían la condonación de las deudas que pudieran tener los beneficiarios de la adjudicación de viviendas con el Estado, que ello, en definitiva, el Poder Legislativo no lo podía hacer, siendo ello supuestamente una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo, concluyendo insólitamente la Sala en que “la Asamblea Nacional incurrió en usurpación de funciones del Director de la Hacienda Pública Nacional –Presidente de la República– al condonar las deudas contraídas por los beneficiarios de esta política pública en menoscabo de los principios rectores de la seguridad social y de los deberes ciudadanos de solidaridad y contribución con las cargas públicas.”

De todo lo anterior concluyó la Sala Constitucional indicando que siendo la finalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y Otros Programas Habitacionales del Sector Público “otorgar gratuitamente la propiedad de las unidades habitacionales adjudicadas por el Estado a los beneficiarios de las políticas públicas realizadas para satisfacer el derecho de las familias a una vivienda digna, para que en el ejercicio de la propiedad plena de las unidades

habitacionales puedan los adjudicatarios de las mismas disponer de ellas con el explícito fin de apalancar el patrimonio familiar y el emprendimiento, es decir, convertir el bien inmueble destinado a garantizar un derecho social en una mercancía susceptible de ingresar al mercado para ser transada,” ello “implica que el gran esfuerzo que ha hecho la sociedad a través de las políticas estatales como la Gran Misión Vivienda Venezuela, en la cual todos los contribuyentes han aportado para que las familias con mayores necesidades materiales accedan al derecho constitucional a una vivienda digna se vea desvirtuado, por cuanto se estarían privatizando los bienes inmuebles destinados a tal fin sin ninguna contraprestación, en beneficio del mercado inmobiliario y el sector financiero que lo sustenta, ya que por las propias necesidades económicas de las personas con menores ingresos y por no prever esta ley ningún mecanismo que las proteja, podrían ceder o hipotecar las propiedades que se les adjudica sin ninguna limitación, engrosando así la apetencia del mercado inmobiliario y del mercado secundario de deuda.”

Ello, a juicio de la Sala, “contraviene los fines del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia al no garantizar que el ejercicio progresivo del derecho de las familias a una vivienda digna no ceda ante el derecho de propiedad, al propender que las unidades habitacionales ingresen al mercado especulativo, para favorecer a quienes ejercen el dominio del mismo en detrimento de quienes ameritan de una protección reforzada por parte del Estado,” de lo que concluyó señalando que la Ley era inconstitucional por ser solo:

“un subterfugio para colocar los inmuebles destinados por el Estado a la satisfacción de un derecho social como la vivienda en beneficio del mercado financiero y resulta contraria a los postulados constitucionales previstos en los artículos 2, 3, 75, 82, 86, 133 y 135 del Texto Fundamental, por lo que esta Sala debe declarar su inconstitucionalidad. Así se decide.”

Como lo resumió *Acceso a la Justicia*, “sin ninguna razón jurídica” o “sin dar ningún argumento jurídico” la sentencia declaró “la inconstitucionalidad de una ley que otorga los títulos de propiedad a los beneficiarios” de las políticas de vivienda del gobierno, “restringiendo el derecho a la propiedad,” reforzando “la sustitución de la propiedad privada por la social” y, en fin “convirtiendo al Estado en propietario en nombre del pueblo.”⁴⁵

De nuevo con esta sentencia, la Sala Constitucional le negó a la Asamblea Nacional la potestad de legislar conforme a la definición política que formule la mayoría parlamentaria, en el marco de lo establecido en la Constitución, en la cual ninguna de las limitaciones enumeradas por la Sala Constitucional al derecho de propiedad están establecidas, como tampoco está establecida una regulación del derecho a la vivienda que excluya el derecho de propiedad cuando las viviendas sean el resultado de la ejecución de políticas públicas. No corresponde al Juez Constitucional ser el juez de la política pública: ello solo compete al órgano político representante del pueblo, electo por el mismo.

⁴⁵ Véase -Estado propietario en nombre del pueblo y pueblo sin propiedad. *Análisis de la sentencia de la Sala Constitucional de la ley sobre la GMVV*, - en *Acceso a la Justicia*, 16 de mayo de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/estado-propietario-en-nombre-del-pue-blo-y-pueblo-sin-propiedad/>

59. EL FIN DEL PODER LEGISLATIVO: LA REGULACIÓN POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN INTERIOR Y DE DEBATES DE LA ASAMBLEA NACIONAL, Y LA SUJECCIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA A LA APROBACIÓN PREVIA POR PARTE DEL PODER EJECUTIVO.

Comentarios sobre las sentencias de la Sala Constitucional sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, N° 327 de 28 de abril de 2016, N° 473 de 14 de junio de 2016.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 428-443

Resumen: *Este artículo estudia las sentencias de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las cuales, mediante una medida cautelar, procedió a reformar el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, sujetando la potestad de legislar de la Asamblea, a la aprobación previa del Poder Ejecutivo.*

Abstract: *This article analyses the decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal through which, and by a precautionary measure, the Chamber reformed the Interior and Debates Regulation of the National Assembly, subjecting the power to legislate to the prior approbation by the National Executive.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Reglamento Interior. Poder legislativo*

Key words: *National Assembly. Interior Regulation. Legislative Power.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, después de haber decretado la sentencia de muerte del Poder legislativo, ejecutando la misma durante los primeros meses de 2016 al declarar inconstitucionales materialmente todas las leyes que sancionó, mediante una nueva sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016,¹ en definitiva puso fin al Poder Legislativo en el país.

En esta sentencia, contentiva de medidas cautelares dictadas de oficio con ocasión de un juicio de nulidad que se había iniciado cinco años antes contra el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional, en efecto, le dio el golpe final a ésta, eliminando completamente su autonomía, y sujetando el ejercicio de su función legislativa a la obtención del visto bueno de parte del Ejecutivo Nacional. Con la decisión, la Sala, usurpando funciones de la Asamblea, le “reguló” su propio funcionamiento y materialmente puso fin a su función esencial que es la de legislar, reafirmando lo que en su criterio consideró como característico del régimen constitucional en Venezuela, que supuestamente era “*fundamentalmente presidencialista de gobierno*” o el “*sistema cardinalmente presidencial de gobierno.*” (Sentencia N° 327 de 28 de abril de 2016).

El juicio de nulidad que motivó las inconstitucionales medidas cautelares dictadas contra la Asamblea Nacional se había iniciado en 2011, cuando un grupo de diputados de la Asamblea Nacional en representación entonces de la minoría opositora al Gobierno en la Asamblea, demandaron la nulidad de diversas disposiciones de la Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la misma,² denunciando la

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187363-269-21416-2016-11-0373.HTML>. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El fin del Poder Legislativo: La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo, 3 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>.

² Véase *Gaceta Oficial* N° 6.014 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

violación de diversos principios constitucionales como el principio democrático, el del pluralismo político, el del Estado de Derecho y el de progresividad, entre otros, y otras disposiciones constitucionales específicas, al considerar que el Reglamento había procedido a:

“reducir las posibilidades de intervención de los Diputados en los debates; ampliar las potestades de la Presidencia de la Asamblea Nacional, en detrimento de la plenaria o de instancias de trabajo coordinado entre diversas fuerzas políticas; en dificultar el ejercicio de algunos mecanismos de control y, por último, en eliminar ciertas garantías de funcionamiento regular o continuo de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones Permanentes durante las sesiones ordinarias.”

En particular, los impugnantes solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1; 25, penúltimo aparte; 27, numerales 3 y 6; 45, en su encabezamiento; 48, primer aparte; 56, último aparte; 57; 64, numeral 4; 73, último aparte; 76, único aparte; 105, último aparte; y 126 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, por violación de los artículos 49.1, 187, 208 y 219 de la Constitución.

La Sala Constitucional se demoró cinco años para solo “admitir” la demanda de nulidad –calculadamente después de que los impugnantes, entonces miembros de la minoría parlamentaria opositora al Gobierno, pasaron a ser en general parte de la mayoría parlamentaria opositora al Gobierno–, y solo lo hizo para pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas, pero con el único y preciso objetivo de usurpar la competencia privativa de la Asamblea Nacional de dictar su Reglamento Interior y de Debates que como *interna corporis* y acto de ejecución directa de la Constitución, solo la Asamblea puede dictar; y proceder a establecer normas de obligatorio cumplimiento que acabaron con la autonomía del Parlamento en materia de legislación. Como lo indicó el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela:

“las medidas dictadas *tienen contenido normativo*, de lo cual resulta que en definitiva, ha sido la Sala Constitucional la que reguló el funcionamiento interno de la Asamblea, usurpando el ejercicio de la atribución privativa de ésta de normar tal funcionamiento y regular el desarrollo del debate parlamentario.”³

La Sala Constitucional, en efecto, “aprovechando” la solicitud de suspensión de “la aplicación de diversas normas impugnadas,”⁴ en lugar de suspender los efectos de las mismas, lo que en castellano no es otra cosa que eso: suspender los efectos o la aplicación de las mismas, en el mismo sentido de lo indicado por la Sala en una sentencia anterior (Nº 1.181/2001, del 29 de junio, caso: *Ronald Blanco La Cruz*, citada, que indica que “la medida de inaplicación requerida *supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada*”); lo que la Sala hizo en realidad fue dictar una sentencia de contenido “normativo,” la Nº 269 de 21 de abril de 2016,⁵ estableciendo una serie de regulaciones de carácter general, que dispuso incluso *de oficio*, sobre el régimen interior y de debates que solo la Asamblea podía constitucionalmente sancionar; con ocasión de “acordar la medida cautelar de suspensión de los artículos 25; 57; 64, numerales 5, 6 y 8; 73; y 105, último aparte del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional.”

I. RÉGIMEN DE LA CONSULTA PÚBLICA DE LOS PROYECTOS DE LEY: LA IMPOSICIÓN DE LA FÓRMULA DEL “PARLAMENTARISMO DE CALLE”

La primera medida cautelar dispuesta se refiere a la imposición a la Asamblea Nacional de obligatoriamente aplicar una modalidad de supuesta participación popular denominada “parlamentarismo de calle,” a cuyo efecto la Sala recurrió a lo dispuesto en el artículo 211 la Constitución que regula como método de participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes, la figura de la consulta popular de los proyectos de ley, en la siguiente forma:

“*Artículo 211.* La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral

³ Véase Comunicado: Grupo de Profesores de Derecho Público: -La Nulidad e Ineficacia de la Sentencia Nº 269/2016 de la Sala Constitucional,- mayo 2016.

⁴ Los impugnantes habían solicitado solo -la suspensión de la aplicación de los artículos 1; 25, penúltimo aparte; 27, numerales 3 y 6; 45, en su encabezamiento; 48, primer aparte; 56, último aparte; 57; 64, numeral 4; 73, último aparte; 76, único aparte; 105, último aparte; y 126 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional.-

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187363-269-21416-2016-11-0373.HTML>.

Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.”

Conforme a esta norma, por tanto, corresponde única y exclusivamente a la Asamblea establecer en su Reglamento Interior y de Debates, la forma y manera cómo la misma debe consultar a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los proyectos de ley, y cómo sus representantes tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes.

Para regular estos aspectos, en el Reglamento Interior y de Debates se estableció lo siguiente:

“*Artículo 45.* Las comisiones permanentes, de conformidad con los cronogramas aprobados por mayoría de sus miembros, realizarán las consultas públicas a las leyes y materias de sus competencias, a través del parlamentarismo social de calle, asambleas en las comunidades, foros, talleres y demás mecanismos de participación; en coordinación con los consejos comunales y otras formas de organización del Poder Popular. Se reunirán por convocatoria de su Presidente o Presidenta, o en su ausencia por el Vicepresidente o Vicepresidenta, por lo menos dos veces al mes, en las sedes de las comisiones permanentes.

Las reuniones de las comisiones y subcomisiones serán públicas, salvo cuando por mayoría absoluta de sus miembros presentes se resuelva el carácter secreto de las mismas.

Los ciudadanos y ciudadanas, a título personal, o como voceros o voceras de organizaciones comunitarias podrán participar en las comisiones y subcomisiones en calidad de invitados o invitadas, observadores u observadoras, previa aprobación de la mayoría de los diputados y diputadas de la Comisión.”

Esta norma fue impugnada por los diputados que solicitaron su declaratoria de nulidad particularmente por la limitación que en la misma se imponía, no ajustada a lo prescrito en el mencionado artículo 211 de la Constitución, reduciendo la acción del Parlamento al llamado “parlamentarismo de calle,” razón por la cual solicitaron la suspensión de efectos de la misma.

La Sala Constitucional, al contrario, estimó que de la revisión de entrada de la norma no procedía que se acordase la suspensión del mismo, pero no se quedó allí, sino que estimó que debía “*aprovechar esta Sala la oportunidad,*” para al contrario señalar que la norma estaba “plenamente vigente,” de manera que “los actos del órgano legislativo nacional deben cumplir” con su contenido, estimando que la misma respondía a lo dispuesto en materia de participación ciudadana en los artículos 5, 70 y 211 de la Constitución. Para ello, la Sala solo recurrió a lo que ya había resuelto en sentencia N° 1328 de 16 de diciembre de 2010, sobre la participación como derecho político, disponiendo entonces que la Asamblea debía:

“dar efectivo cumplimiento a los procedimientos que garantizan el Poder Popular como expresión del mismo, esto es, aquellos en los que se incluye el parlamentarismo social de calle, que no es otra cosa que el ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos públicos, y en especial, en la labor legislativa, lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Texto Fundamental, se materializa en el conjunto de normas que en desarrollo de ésta, se encuentran dirigidas a la integración del pueblo a los órganos del Poder Público, para hacer efectiva que la soberanía reside en el pueblo conforme lo establece el artículo 5 *eiusdem.*”

Pero no se quedó allí la Sala Constitucional, sino que procedió a regular normativamente el tema respecto de la elaboración de los informes de las comisiones respectivas previstos en el artículo 105 del Reglamento impugnado, disponiendo entonces:

“con precisión que la consulta pública allí prevista no es una mera formalidad sino un requisito *sine qua non* para que tenga lugar la segunda discusión del proyecto de ley, por lo que para proceder a la misma deben ser consignados los resultados de las consultas públicas al pueblo soberano que se realicen a nivel nacional, como lo preceptúa el artículo 211 constitucional, respecto del contenido del proyecto de ley, toda vez que la participación protagónica del pueblo es lo que permite la consolidación del Poder Popular, y el ejercicio del control sobre la actuación de los parlamentarios electos en representación del pueblo, conforme lo disponen los artículos 66 y 197 del Texto Fundamental.”

De manera que no sólo la Sala consideró que la reducción de la consulta popular de las leyes al llamado “parlamentarismo de calle” era lo ajustado a la Constitución (en otra parte de la sentencia se refirió la Sala a “la democracia participativa directa a través del parlamentarismo social de calle”), cercenando a la Asamblea de toda otra posibilidad de regular la forma de cumplir con el artículo 211 de la Constitución, imponiendo que todo proyecto de ley, para pasar a la segunda discusión, el informe respectivo de la comisión debe contener los resultados de las consultas al pueblo a nivel nacional; sino que la Sala Constitucional subordinó inconstitucionalmente el funcionamiento de un órgano representativo de la voluntad popular

integrado por diputados electos mediante sufragio por el pueblo, a lo que indiquen los órganos del llamado “Poder Popular” que no tiene fundamento constitucional, y cuyos integrantes (voceros) no son electos por el pueblo.⁶

En relación con el mismo tema del “parlamentarismo de calle” como imposición hecha a la Asamblea, la Sala Constitucional también se pronunció al analizar la solicitud de suspensión de efectos del artículo 105 del Reglamento interior y de Debates, que establece un plazo máximo para que las Comisiones presenten los informes a la Asamblea, dejando a ésta la posibilidad de establecer un plazo menor, y previendo incluso la posibilidad de un plazo mayor “por necesidad de extender la consulta pública.” Los impugnantes alegaron, sin embargo, que nada se indicaba en la norma respecto de “a quién corresponde adoptar la decisión de prolongar el tiempo disponible,” pidiendo la suspensión de efectos de la norma.

La Sala, sin suspender dichos efectos, “vista la imprecisión” denunciada, a los efectos de que “se garantice el parlamentarismo social de calle como expresión del Poder Popular,” procedió de oficio a establecer una norma de carácter general, regulando lo que solo puede establecerse en el *interna corporis* por la propia Asamblea, fijando:

“que el lapso para las consultas públicas será como mínimo de veinte días, los cuales conforme a la complejidad y relevancia de la materia que trate el proyecto de ley presentado, puede ser *prorrogado* por un lapso similar, siempre que existan solicitudes de las organizaciones que conforman el Poder Popular para el ejercicio de la participación ciudadana. Así se decide.”

De nuevo, la Sala Constitucional subordinó inconstitucionalmente el funcionamiento de un órgano representativo de la voluntad popular integrado por diputados electos mediante sufragio por el pueblo, a lo que indiquen los órganos del llamado Poder Popular cuyos integrantes (voceros) no son electos por el pueblo.

II. LA RATIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LA CONSULTA POPULAR Y A LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES

Resuelto lo anterior, sin que los recurrentes en el recurso hubiesen siquiera mencionado los artículos 101 y 102 del Reglamento Interior y de Debates, la Sala Constitucional procedió a:

“ratificar la plena vigencia y eficacia de los artículos 101 y 102 del Reglamento Interior y de Debates, el primero que señala con claridad la obligación de la Asamblea Nacional, en el procedimiento de formación, discusión y aprobación de los proyectos de ley, de consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a las comunidades organizadas para oír su opinión sobre los mismos; y el segundo, que establece la obligación de consultar a los Estados, a través de los Consejos Legislativos estatales, “...cuando se legisle en materias relativas a los mismos, sin perjuicio de otras consultas que se acuerde realizar conjunta o separadamente, en los ámbitos regional, estatal o local sobre las mismas materias, a criterio de los grupos parlamentarios regionales y estatales, de los representantes de la Asamblea Nacional ante los consejos de planificación y coordinación de políticas públicas, o de la Comisión de la Asamblea Nacional encargada del estudio,” los cuales responden a la obligación expresamente referida en el artículo 211 del Texto Fundamental, de que en la etapa de discusión y aprobación de los proyectos de ley, se abran los procesos de consulta a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a las organizaciones populares como *expresión del Poder Popular*.”

III. LA IMPOSICIÓN A LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA OBLIGATORIA OBTENCIÓN DEL VISTO BUENO PREVIO DEL PODER EJECUTIVO PARA PODER DISCUTIR Y APROBAR PROYECTOS DE LEY

La Sala Constitucional, igualmente sin que se hubiese siquiera mencionado por los recurrentes el artículo 103 del Reglamento Interior y de Debates, en el cual se establecen los requisitos para la presentación y discusión de proyectos de ley, en la sentencia procedió a *reformular de oficio* dicha norma, que establece:

“*Artículo 103.* Todo proyecto de ley debe ser presentado ante la Secretaría y estará acompañado de una exposición de motivos que contendrá, al menos:

1. La identificación de quienes lo propongan.
2. Los objetivos que se espera alcanzar.

⁶ Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Leyes Orgánicas del Poder Popular*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011.

3. El impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional.

En caso que un proyecto no cumpla con los requisitos señalados, de acuerdo al criterio de la Junta Directiva, se devolverá a quien o quienes lo hubieran presentado a los efectos de su revisión, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento correspondiente.

El proyecto que cumpla con los requisitos señalados se le dará Cuenta para ser incorporado al sistema automatizado.

En cada Sesión se dará Cuenta a la plenaria de los proyectos de ley recibidos por Secretaría. Para ser sometido a discusión, todo proyecto debe estar acompañado de la exposición de motivos y ser puesto a disposición de los diputados o diputadas por parte de la Secretaría.”

Respecto a este artículo, la Sala recordó el contenido del artículo 207 de la Constitución que establece “una previsión sobre las reglas a seguir que todo proyecto de ley debe cumplir para que se convierta en ley,” al disponer que “para convertirse en ley” todo proyecto debe recibir “dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en esta Constitución y en los reglamentos respectivos,” de manera que aprobado el proyecto, el Presidente de la Asamblea Nacional debe declarar sancionada la ley.

Frente a esta exigencia constitucional de que los proyectos deben “recibir dos discusiones en días diferentes,” la Sala “encontró” que el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional “hace una exigencia muy estricta a la pretensión de ley cuya iniciativa está por presentarse para su primera discusión ante la cámara parlamentaria,” considerando que:

“No basta entonces la simple iniciativa, sino que debe tener una exposición de motivos y el acompañamiento del estudio del impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Oficina de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional, tal y como lo ordena el propio Reglamento Interior y de Debates de dicho órgano, inclusive con la sanción de devolución a sus proponentes de ley y suspensión del procedimiento de formación si no se cumplen con estos pasos previos.”

La Sala entonces al formularse la pregunta de: “¿En razón a qué, toda iniciativa de ley debe llevar consigo una información técnica sobre el impacto e incidencia que en la economía y finanzas del Estado ha de tener dicha pretensión normativa?,” la contestó de seguidas afirmando: “A que toda ley comporta para su ejecución y cumplimiento una erogación del Presupuesto Nacional.” Y de ello dedujo que:

“el aval económico que debe soportar todo proyecto de ley debe contar con la disponibilidad presupuestaria del Tesoro Nacional, de conformidad con el artículo 314 de la Constitución.”

Todo ello no tendría mayor importancia si se tratase de reforzar el texto del Reglamento exigiendo el estudio económico del proyecto de ley, a través de la Oficina especializada en estudios económicos de la propia Asamblea Nacional. Sin embargo, esa no fue la intención de la Sala Constitucional al referirse incluso a las normas constitucionales que se refieren al “cuidado que deben tener las altas autoridades nacionales en el manejo de los recursos en este ámbito (artículos 287, 289 y 291),” y menos al referirse (i) a las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República de “Administrar la Hacienda Pública Nacional;” de “decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión delegada” (arts. 236,11 y 236 13); y de cumplir con “las exigencias del Régimen Presupuestario” (art 311 ss.); (ii) a las previsiones constitucionales relativas a los límites del endeudamiento público (art. 312), y a la necesidad de que la economía se rija por un “un presupuesto de ley nacional presentado por el Ejecutivo Nacional anualmente y aprobado por la Asamblea Nacional” (art 313), de manera de asegurar que no se haga ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto, y que para decretar un crédito adicional al mismo debe contarse con recursos en la Tesorería Nacional para atender la respectiva erogación (art. 314); y (iii) a que existe una obligación constitucional de la Asamblea Nacional “de tomar en cuenta las limitaciones financieras del país cuando le corresponda acordar y ejecutar su propio presupuesto de gastos” (artículo 187.22).

La intención de la Sala Constitucional, al citar toda esta normativa, en realidad fue eliminar la autonomía de la Asamblea Nacional y construir de las citadas normas constitucionales, en combinación con otras (arts. 208 y 211) referidas a las consultas populares y a los diversos órganos del Estado de los proyectos de ley, una “normativa” que no existe en la Constitución, imponiendo una “obligatoria concertación que debe existir entre la Asamblea Nacional y los otros Órganos del Estado durante la discusión y aprobación de las leyes,” deduciendo de ello que “la viabilidad exigida en todo Proyecto de Ley tiene que ver no sólo con el impacto e incidencia económica y presupuestaria que tendría para el Estado venezolano sino con la concertación obligatoria que entre ambos Poderes, Legislativo y Ejecutivo debe existir.”

Y así, al referirse a la importancia del gasto público para dar cumplimiento a los objetivos de la política económica del Estado, la Sala Constitucional consideró, y así lo decidió, que para que se pudiera cumplir con el requisito establecido en el artículo 103,3 del Reglamento Interior y de Debates, sobre la necesidad para la discusión de los proyectos de ley del “impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional,” resulta:

“indiscutible que sin la aprobación del órgano público competente en materia de planificación, presupuesto y tesorería nacional, no puede estimarse cumplida la exigencia a que se refiere el numeral 3 del artículo 103 del citado Reglamento.”

O sea, que la Asamblea Nacional nada puede hacer por sí sola, no tiene autonomía alguna en el ejercicio de sus competencias, y cualquier proyecto de ley que pretenda discutir tiene que ser previamente aprobado por el Poder Ejecutivo. Ni más ni menos eso es lo que resolvió el Juez Constitucional, lo que es el fin *de facto* de la Asamblea como rama del Poder Público autónoma e independiente.

La Sala Constitucional, para resolver esto, de oficio, y “en aras de garantizar el principio constitucional de equilibrio fiscal” basándose en la “situación de excepcionalidad económica a nivel nacional,” que declaró en su propia sentencia N° 4 de fecha 20 de enero de 2016 mediante la cual decidió la constitucionalidad del Decreto N° 2.184 de 14 de enero de 2016 sobre declaración del Estado de Emergencia Económica (prorrogado por Decreto N° 2.270 del 11 de marzo de 2016), y considerándolo “necesario, para no generar expectativas irresponsables contrarias a la ética, a la transparencia y a la democracia” procedió a dictar la siguiente norma como parte del *interna corporis* del Parlamento, sin duda, usurpando sus poderes privativos:

“que el informe sobre el impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional que debe acompañar a todo proyecto de ley, a que se refiere el numeral 3 del artículo 103 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, son requisitos esenciales y obligatorios sin los cuales no se puede discutir un proyecto de ley, y que los mismos, en previsión de los artículos 208, 311, 312, 313 y 314 de la Constitución, *deben consultarse con carácter obligatorio por la Asamblea Nacional –a través de su Directiva– al Ejecutivo Nacional –por vía del Vicepresidente Ejecutivo– a los fines de determinar su viabilidad económica, aun los sancionados para la fecha de publicación del presente fallo*, en aras de preservar los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal del régimen fiscal de la República, tomando en consideración las limitaciones financieras del país, el nivel prudente del tamaño de la economía y la condición de excepcionalidad económica decretada por el Ejecutivo Nacional.”

Para completar este inconstitucional régimen normativo impuesto a la Asamblea por la Sala Constitucional “en ejercicio de su potestad cautelar de oficio,” estableció otra “medida cautelar positiva,” esta vez dirigida al Presidente de la República, imponiéndole que para que pueda promulgar una Ley conforme al artículo 215 de la Constitución:

“deberá, a través de las autoridades que la Constitución prevé (Ministros del ramo y Vicepresidente conforme a lo establecido en el artículo 239, numeral 5 constitucional) realizar la efectiva verificación del cumplimiento de la *viabilidad* a que se refiere el artículo 208 de la Constitución, sin lo cual no podrá dictarse el “Cúmplase” que establece el artículo 215 *eiusdem*.”

Al final de la sentencia, la Sala reiteró que:

“por cuanto, la aplicación del instrumento normativo legal genera un impacto en el gasto público del Estado, de allí que sea imperioso que exista por parte del órgano del Poder Público competente para el diseño, manejo, y ejecución del Plan y del Presupuesto del Estado, el estudio especial sobre el impacto e incidencia económica y presupuestario que la ley propuesta tendrá, pues los gastos que realiza el Estado deben estar balanceados con los ingresos fiscales. Así se decide.”

O sea que todo proyecto de ley que se quiera discutir en la Asamblea Nacional para llegar a ser aprobado *tiene que tener el visto bueno previo del Poder Ejecutivo* a través del Vicepresidente Ejecutivo de la República, sin lo cual, si llegase a ser sancionada una ley sin cumplirse con las imposiciones dispuestas por la Sala Constitucional, ella misma dispuso, por encima de lo que prevé la Constitución, que la ley no puede ser aplicada, ni puede surtir efectos jurídicos *erga omnes*.

Como lo resumió la misma sentencia, al declarar la Sala que lo establecido en su fallo tiene:

“carácter obligatorio, por cuanto todos los actos que emanen del órgano legislativo nacional están llamados al cumplimiento de la normativa vigente, en especial, la referida a la participación del pueblo en los asuntos públicos de la Nación, así como la intervención del órgano público competente en materia de planificación y presupuesto sobre el impacto económico de la ley a proponerse, lo cual como ya se apuntó

reviste cabal importancia para el Estado, toda vez que cuando se propone una ley, independientemente de su contenido, la misma debe ser factible de ser ejecutada en la realidad, pues de lo contrario no tendría sentido dictar una ley cuya ejecución es de imposible cumplimiento.”

IV. LOS EFECTOS DE LA IMPOSICIÓN DE LAS NUEVAS “NORMAS” LIMITANTES A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA NACIONAL, SU APLICACIÓN RETROACTIVA

La Sala Constitucional, no contenta con imponer normas para el funcionamiento interno de la Asamblea Nacional, sin duda inconstitucionales, pues la Asamblea es la única que puede dictar su reglamento interior y de debates, dispuso las consecuencias del incumplimiento, indicando primero, que:

“El incumplimiento de este requisito constitucional que responde al respeto de los principios de equilibrio fiscal y legitimación del gasto por parte de los órganos del Poder Público, *pudiese comportar un vicio en el proceso de formación de la ley.*”

Y segundo, disponiendo en contra de la Constitución (art. 24), la aplicación retroactiva de la normativa impuesta en la sentencia, respecto de todos los proyectos de ley que la Asamblea Nacional ya había sancionado con anterioridad. La Sala al decidir esto no se percató que el mismo día en que estaba dictando la sentencia comentada N° 269 de 21 de abril de 2016, también estaba siendo firmada la sentencia N° 274 de 21 de abril de 2016, en la cual estableció que lo que el artículo 24 de la Constitución disponía era el principio de “*irretroactividad absoluta*” en el sentido de que “*ninguna disposición jurídica, sea de la jerarquía que fuese, puede tener efectos retroactivos,*”⁷ lo que incluye por supuesto las “normas” dictadas por la Sala, así sean esencialmente inconstitucionales.

Para decidir aplicando retroactivamente sus propias “normas,” como órgano que definitivamente se colocó por encima de la Constitución, la Sala, recurriendo de nuevo al subterfugio del “hecho público, notorio y comunicacional”⁸ para eludir la actividad probatoria, constató que la Asamblea Nacional había “sancionado un conjunto de leyes sobre las cuales, ya en algunas de ellas esta Sala se ha pronunciado sobre su constitucionalidad y otras cuya petición de duda constitucional ha sido planteada por el Presidente de la República en aplicación del artículo 214 constitucional,” resolviendo entonces respecto de los mismos aun cuando habían sido “sancionados para la fecha de publicación del presente fallo,” que:

“*deben consultarse con carácter obligatorio* por la Asamblea Nacional –a través de su Directiva– *al Ejecutivo Nacional* –por vía del Vicepresidente Ejecutivo– a los fines de determinar su viabilidad económica.”

En todo caso, en cumplimiento de la *orden de aplicación retroactiva* de la nueva “normativa” contenida en la sentencia, en evidente violación del artículo 24 de la Constitución, la Sala Constitucional decidió que la misma se debía aplicar a una ley que había sido sancionada casi un mes antes, el 30 de marzo de 2016.

V. LA SUSPENSIÓN DE LA POSIBILIDAD DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE BONO PARA ALIMENTACIÓN Y MEDICINAS A PENSIONADOS Y JUBILADOS POR APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA “NORMATIVA JUDICIAL” INCONSTITUCIONAL

En efecto, al conocer de una solicitud de control previo de constitucionalidad por remisión que le hizo el Presidente de la República conforme al artículo 214 de la Constitución, respecto de la Ley de Bono para Alimentación y Medicinas a Pensionados y Jubilados, que había sido sancionada por la Asamblea Nacional 30 de marzo de 2016, la Sala Constitucional, mediante la sentencia N° 327 de 28 de abril de 2016,⁹ declaró que la Ley era constitucional, pero:

⁷ Se trató de la sentencia dictada con ocasión de resolver un recurso de interpretación del artículo 340 de la Constitución para declarar que -tratar de utilizar la figura de la enmienda constitucional con el fin de acortar de manera inmediata el ejercicio de un cargo de elección popular, como el de Presidente de la República, constituye a todas luces un fraude a la Constitución,- y una violación al principio de la irretroactividad absoluta. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187368-274-21416-2016-16-0271.HTML>.

⁸ La sentencia citó lo siguiente: -véanse, entre otras, páginas web <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/actualidad/politica/claves-estas-son-las-10-leyes-en-la-mira-de-la-n.aspx>, <http://radiomundial.com.ve/article/conozca-las-10-leyes-que-la-bancada-opositora-en-la-asamblea-nacional-pretende-modificar.->

⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187498-327-28416-2016-16-0363.HTML>.

“su entrada en vigencia está supeditada al cumplimiento, por parte de la Asamblea Nacional, del extremo necesario relativo a la viabilidad económica que permita garantizar el cumplimiento de la finalidad social que involucra tal ley.”

El Presidente de la República, entre los aspectos que solicitó de la Sala Constitucional que considerara, se refirió a uno ajeno totalmente al tema de la constitucionalidad de la Ley, que fue que se tomara

“en consideración la incorporación presupuestaria del gasto que se pretende, así como las disponibilidades financieras necesarias para su ejecución, para lo cual se debería coordinar con el Poder Ejecutivo que represento a través de los organismos competentes a fin de establecer la oportunidad temporal adecuada para la entrada en vigencia de la Ley en cuestión. En virtud de los argumentos precedentemente expuestos es que se tienen serias dudas acerca de la conformidad a derecho de la Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados.” (Subrayados del original).

Para considerar esos aspectos, y luego de analizar el régimen del Estado Social en la Constitución y la incidencia de la ley en materia de derechos y políticas sociales, la Sala asumió el rol de supremo decisor y supervisor de las políticas públicas, estimando “de manera positiva las iniciativas del Poder Público que profundicen la garantía de los derechos sociales,” pero considerando que “esas iniciativas deben ser viables y eficaces,” y:

“no deben ser instrumentos para generar falsas expectativas, para agudizar la situación económica, para perjudicar a sectores sociales, para profundizar crisis con el mero fin de incrementar poder político a costa de los más débiles, para propiciar conflictos a lo interno de la comunidad y mucho menos para promover la desestabilización institucional y política del país, en perjuicio del desarrollo, del orden y de la paz social.”

Con base en ello, y luego de afirmar que “al Presidente de la República, especialmente *en un sistema fundamentalmente presidencialista de gobierno*, como el que ha regido la historia constitucional patria, es a quien le corresponde dirigir la Administración Pública Nacional,” estimó que para que la Ley sancionada pudiera “ser viable, aplicable y eficaz,” era necesaria “la consulta y concertación con quien dirige la acción de gobierno y administra la Hacienda Pública Nacional,” para verificar “el impacto y viabilidad económica del mismo,” concluyendo en definitiva, que la sanción de la ley, por más plausible en teoría que pudiera ser, se hizo:

“desconociendo las competencia insoslayables del rector de la Hacienda Pública Nacional y, en fin, negando una atribución elemental de un Poder Público cardinal, en cuya responsabilidad recae la dirección de la acción de gobierno, sin la determinación de la fuente de financiamiento, sin soporte presupuestario para su ejecución inmediata dentro del presupuesto del año fiscal 2016, y sin existir recursos previstos en el Tesoro Nacional para tales fines, no sólo viola los principios de legalidad presupuestaria, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, además de los postulados de autonomía de poderes y supremacía constitucional.”

De ello, concluyó la Sala, citando la sentencia N° 269 de 21 de marzo de 2016, antes comentada, observando que “la Constitución y el Reglamento Interior y de Debate de la Asamblea Nacional, junto [a la] Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, tal como lo ha reconocido esta Sala, determinan el procedimiento que debe seguirse al momento de la aprobación de una Ley, dentro de las cuales está la determinación de la fuente de financiamiento, la viabilidad económica-presupuestaria y *la obligación del Parlamento de acordar con el Poder Ejecutivo antes de sancionar cualquier texto legal* por el impacto económico que en sí mismo tiene en el presupuesto fiscal.”

La Sala además, en este caso, entró a conocer directamente el texto del “Informe del Impacto Económico y Presupuestario que efectivamente en el Parlamento se había efectuado al Proyecto de Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados,” observando fallas en su contenido en el sentido de que “debió señalarse en el mismo la fuente de financiamiento, y la estimación de las personas que serían beneficiarias del bono de alimentos y medicinas,” y “no previó la asignación de los recursos correspondientes ni garantizó la existencia de los mismos en la hacienda pública nacional.” O sea, el Juez Constitucional, convertido en el órgano supremo del Estado, tomando en cuenta otros estudios económicos sobre el tema, concluyó refiriéndose a:

“la necesidad de un análisis técnico-económico sustentado en fuentes de conocimiento sólidas, así como la necesaria previsión y concertación presupuestaria con el administrador de la Hacienda Pública Nacional –artículo 236.11 constitucional (Presidente de la República: Jefe del Estado y Jefe del Gobierno– artículo 226 *eiusdem*) que precisamente ha venido liderando *en este sistema cardinalmente presidencial de gobierno*, junto con el resto de Poderes Públicos, el desarrollo de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los derechos sociales, para determinar que ese texto legal sancionado realmente pueda ser aplicado [...]”

La conclusión de la Sala Constitucional fue, en todo caso, que la vigencia de la Ley “está inexorablemente supeditada a la viabilidad económica sustentada que permita garantizar realmente el cumplimiento de la finalidad social que involucra la ley, de conformidad con el criterio de Derecho asentado por esta Sala en sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016.” Y por tanto, a pesar de que por dilación del Presidente de la República en promulgar la Ley de acuerdo con su obligación constitucional (art. 215), el Presidente de la Asamblea Nacional anunció el 22 de abril de 2016 “haber promulgado la Ley,” la Sala, de paso, en su sentencia declaró “*inexistente* dicha actuación, toda vez que el Presidente de la República recibió de la Asamblea Nacional la presente ley (sancionada el 30 de marzo de 2016) el día 5 de abril de 2016, y la remitió a esta Sala el 14 de ese mismo mes y año, es decir, dentro de los diez días que tiene para promulgarla.”

En definitiva, la Sala consideró que en el caso de esta Ley no se había cumplido “con las previsiones de los artículos 208, 311, 312, 313 y 314 constitucionales, en lo concerniente a la debida concertación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo para obtener los recursos necesarios a los fines de que la ley pueda ser ejecutada y determinar si dicha ejecución puede hacerse de manera inmediata o progresiva,” instando, en la sentencia, a “la Asamblea Nacional a que *proceda, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia N° 269/2016, a la concertación con el Ejecutivo Nacional* a los efectos de estudiar las vías para el financiamiento del beneficio social acordado en el proyecto de ley sancionado.”

Con base en ello, entonces la sentencia resolvió declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Final Única de la ley que estableció la entrada en vigencia de la Ley, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, indicando en consecuencia, sin potestad alguna para ello, que:

“su entrada en vigencia, está supeditada a la previsión y existencia de recursos en el Tesoro Nacional, así como también al debido análisis fáctico y económico, junto a la armonización de la propuesta legislativa, con los indicadores y variables que arrojan los sistemas integrados de la administración financiera del sector público, lo que se vincula de forma directa, inmediata e indisoluble con la competencia del Presidente de la República referida a la administración de la Hacienda Pública Nacional, contemplada en el artículo 236.11 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; circunstancia que hace evidente y necesaria la debida concertación con el Poder Ejecutivo Nacional [...].”

VI. LA PRECISIÓN, EN RESUMEN, DE UN NUEVO “PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES” FIJADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL AL MARGEN DE LO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN

Para finalizar su sentencia, la Sala Constitucional hizo un “resumen del recorrido adjetivo que debe llevar una propuesta de ley para convertirse en ley con fuerza constitucional,” indicando en usurpación de los poderes de la Asamblea de regular su régimen interior y de debates, los siguientes pasos:

- (i) “Todo proyecto de ley implica dos discusiones en días diferentes ante el Cuerpo Legislativo.”
- (ii) “La iniciativa de ley, antes de su presentación en primera discusión debe cumplir con las estrictas exigencias del Reglamento Interior y Debates de la Asamblea Nacional, el cual obliga a incluir no sólo su Exposición de Motivos (para evaluar su objetivo y alcance), sino su viabilidad a través de la presentación del estudio de impacto e incidencia presupuestaria y económica o en su defecto el informe de la Oficina de Asesoría Económica de la Asamblea Nacional.”
- (iii) “Cumplida ésta exigencia, la iniciativa de ley o proyecto pasa a su primera discusión en Cámara, en la cual se analiza su pertinencia (objetivo, alcance y viabilidad) en el debate parlamentario, y de aprobarse, pasaría a la Comisión Permanente respectiva para iniciar el procedimiento en segunda discusión, el cual incluye, no sólo el debate de artículo por artículo del proyecto de ley propuesto, sino que el mismo debe ser discutido conjuntamente con el Poder Popular y otros Órganos del Estado, todo esto a los fines de obtener un informe para segunda discusión en Cámara concertado con el pueblo soberano (Elemento Formativo de Estado) y otros Órganos del Estado para precisar la real y efectiva pertinencia de la ley.”
- (iv) “Ya en Cámara para su segunda discusión, el proyecto de ley se somete a la misma para la discusión artículo por artículo. Si dicho proyecto de ley, en la segunda discusión ante la Cámara no sufre modificaciones, nos da a entender que el mismo tiene la aprobación popular, tiene un fin útil para la sociedad y que es posible su cumplimiento y ejecución real en beneficio del pueblo con soporte en las Finanzas Públicas o Presupuesto Nacional.”
- (v) “Es sólo en ésta circunstancia cuando de manera responsable, el Cuerpo Legislativo puede Decretar la Sanción de la Ley y remitirla (ya con valor de ley) al Ejecutivo Nacional para su respectiva Promulgación y “Cúmplase” (fuerza de ley).”

De este resumen del procedimiento de formación de las leyes, construido por la Sala Constitucional, al margen de la Constitución, mutando y reescribiendo ilegítimamente lo que la misma dispone, la misma concluyó en su sentencia, que si el procedimiento prescrito:

“no se perfecciona así, tendríamos entonces una *ley viciada de nulidad* por carecer de los elementos de pertinencia necesarios para su existencia, independientemente, de haber cumplido con un procedimiento formal de discusión.”

En particular, la Sala Constitucional destacó la exigencia respecto de “las respectivas consultas del poder popular y otros Órganos del Estado” concluyendo de ello que:

“No dar cumplimiento a estos pasos de concertación implicaría, de sancionarse y promulgarse la Ley, un serio compromiso, frente al pueblo venezolano, de los dos Poderes Nacionales relacionados directamente con la misma, a saber el Legislativo, quien sancionaría una ley sin haber cumplido con la exigencia de la viabilidad y consultas obligatorias en su proceso de formación al haberle dado valor de ley con su sanción; y al Poder Ejecutivo al promulgarla y darle el “cúmplase” para alcanzar la fuerza de ley.”

Con esta sentencia, en todo caso, la Sala Constitucional de nuevo se colocó por encima de la Constitución, primero, estableciendo con evidente usurpación de funciones una normativa para el funcionamiento de la Asamblea Nacional que solo ésta puede dictar al aprobar su Reglamento Interior y de Debates; estableciendo obligaciones al Poder Ejecutivo que sólo la Asamblea Nacional puede sancionar mediante ley; y todo con el objetivo final de eliminar totalmente la función legislativa de la Asamblea Nacional, al someter inconstitucionalmente la sanción de las leyes a la obtención del visto bueno previo por parte del Ejecutivo Nacional.

Con esta sentencia se confirmó el fin de la Asamblea Nacional, que además de no poder ejercer sus funciones de control político en relación con el Poder Ejecutivo y la Administración Pública, a partir de la misma simplemente no puede legislar más, salvo que el Poder Ejecutivo se lo autorice. La Asamblea Nacional, así, quedó subordinada al Poder Ejecutivo, es decir, incinerada por obra del Juez Constitucional.

Lo único que le quedó, ante esta arremetida del Tribunal Supremo, era la ineludible obligación de desconocer la sentencia pues al estar viciada de usurpación de funciones, como lo expresó el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela, “no puede ser vinculante para la Asamblea ni mucho menos puede limitar su funcionamiento interno;” agregando respecto de la propia Sala Constitucional que “pretende desconocer *de facto* a esa Asamblea,” que conforme a los artículos 333 y 350 de la Constitución, está “habilitada para restablecer la efectiva vigencia de la Constitución, no solo respecto a la sentencia N° 269/2016, sino respecto del resto de decisiones de la Sala Constitucional que solo pueden justificarse en el intento de ésta de desconocer, de hecho, la existencia de la Asamblea Nacional electa el pasado 6 de diciembre.”¹⁰

La Asamblea, aparte de haber manifestado su rechazo a la sentencia a través de su Junta Directiva, lo que hizo a partir del 28 de abril de 2016, a partir de esa sentencia debió haber reformado de inmediato su Reglamento Interior y de Debates, para regular con toda la potestad que tiene el procedimiento de formación de las leyes, y eliminar toda la “normativa” dictada inconstitucionalmente por el Juez Constitucional.

VII. EL RECHAZO AL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD INTENTADA CONTRA EL REGLAMENTO INTERIOR Y DE DEBATES, Y LA RATIFICACIÓN DE LAS INCONSTITUCIONALES MEDIDAS LIMITATIVAS DE LOS PODERES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

En todo caso, para poner término a la anómala situación procesal, los diputados impugnantes de las normas del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, que cinco años antes habían iniciado el juicio de nulidad en el cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, dictó la inconstitucional sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016 antes mencionada, cinco días después de su publicación, el 26 de abril de 2016 desistieron formalmente de la acción de nulidad que habían intentado. Adicionalmente, el 27 de mayo de 2016, el apoderado judicial de la Asamblea Nacional presentó por su parte un escrito de oposición a las medidas cautelares decretadas en la dicha sentencia, por estimarlas inconstitucionales.

En cuanto al desistimiento de la acción de nulidad, que es un derecho procesal de todo recurrente, denunciando particularmente, la clara desviación que existió entre la aspiración de tutela jurisdiccional que

¹⁰ Véase Comunicado: Grupo de Profesores de Derecho Público: -La Nulidad e Ineficacia de la Sentencia N° 269/2016 de la Sala Constitucional,- mayo 2016.

había sido reclamada por los recurrentes, y el contenido cautelar del fallo de la Sala Constitucional, particularmente porque en la acción aquellos jamás solicitaron “la intervención de un órgano ajeno a la actividad legislativa, como lo es la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, en el proceso de formación de leyes” en particular para determinar el impacto económico de las mismas, lo que consideraron, con razón, violatorio de la Constitución.

La Sala Constitucional, en relación con estas peticiones, dictó la sentencia N° 473 de 14 de junio de 2016 mediante la cual negó la homologación del desistimiento planteado y ratificó las medidas cautelares acordadas por la Sala,¹¹ para lo cual sin embargo, comenzó por admitir que conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (art. 98), y a las normas del Código de Procedimiento Civil (artículos 263 y 264), los demandantes tienen el derecho de “desistir de la demanda” en cualquier estado y grado de la causa, “siempre que no se encuentre involucrado el orden público o las buenas costumbres.” Por esto último, en este caso, la Sala decidió que a pesar del desistimiento debía proceder a conocer de la demanda “como máxima garante del derecho positivo y custodia de los derechos fundamentales,” pues siendo la acción incoada “de carácter objetivo pues responde a la determinación de la constitucionalidad o no de una norma dictada por un órgano del Poder Público, que regula sus funciones constitucionales,” ello “evidencia el interés general en su resolución, más allá de los intereses particulares de la parte recurrente.”

En consecuencia, citado una anterior decisión N° 181 del 16 de febrero de 2006 que consideró que “la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente,” y estimando que en el caso se trataba de un “control abstracto de las normas”, resolvió que “al instarse al máximo órgano judicial de la jurisdicción constitucional, no puede homologarse el desistimiento de la acción que se formule, por no tratarse de un asunto que verse sobre derechos disponibles, sino sobre una causa que interesa a la colectividad en general.”¹² Destacando además impropiamente el principio de que en materia de recursos de nulidad por inconstitucionalidad de leyes, conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, “no priva el principio dispositivo” solo a los efectos de que la Sala pueda “suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público,” procedió a negar “la homologación del desistimiento planteado,” no sin antes calificar la actuación de los impugnantes como “contradictoria, incongruente, y maliciosa,” acordando continuar con la sustanciación de la causa.

Como consecuencia, la Sala pasó entonces a decidir sobre la oposición a las medidas cautelares que había acordado en la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, en la cual, entre otras cosas, le impuso a la Asamblea obtener la autorización previa del Poder Ejecutivo para poder legislar, para lo cual comenzó por rechazar el poder que el Presidente de la Asamblea, quien tiene la representación de la Asamblea, le había otorgado un abogado para actuar en el juicio. La Sala consideró que la representación de la Asamblea que el Reglamento Interior y de Debates (art. 27.1) otorga a su Presidente, solo se refiere a “los asuntos propios de la función del Poder Legislativo, tales como reuniones, consultas públicas, coordinación con otros órganos del Poder Público, entre otras situaciones que requieran la representación del órgano legislativo, mas no así al otorgamiento de poder de representación judicial;” y que en cambio, la representación de la Asamblea Nacional para actuar en juicio supuesta y absurdamente solo correspondería a la Procuraduría General de la República, que además, es un órgano que forma parte del Poder Ejecutivo, dependiente de las instrucciones del Presidente de la República. La Sala, en efecto, del texto del artículo 247 de la Constitución¹³ dedujo incorrectamente que “la representación judicial de los órganos de Poder Público la ejerce legal y constitucionalmente el Procurador General de la República y cualquier órgano que pretende ejercerla deberá contar con previa y expresa sustitución del Procurador o Procuradora General de la República, lo cual no ocurrió en el presente caso.”

¹¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188317-473-14616-2016-11-0373.HTML>.

¹² La Sala, citó en apoyo de su apreciación diversos autores, y entre otros a quien escribe, refiriéndose a mi estudio sobre -El Juez Constitucional vs. La Supremacía Constitucional,- que consultó en: <http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/567.pdf>, en el cual la Sala destacó mi apreciación sobre -el principio de supremacía constitucional y el rol de los jueces constitucionales, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, es decir, a la justicia constitucional.-

¹³ Artículo 247:-*La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional*.-

Tan absurdo como esto: que, en un conflicto entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el Poder Legislativo para defenderse tienen que hacerlo a través del abogado (Procurador General) que depende y está sujeto a las instrucciones del Poder Ejecutivo, todo lo cual fue denunciado por la Asamblea como contrario al orden constitucional y democrático.¹⁴

En todo caso, aparte de dejar a la Asamblea sin posibilidad de representarse a sí misma mediante apoderados designados por quien ejerce su representación, que es el Presidente, la Sala ratificó las medidas cautelares limitativas de la Asamblea que había dictado considerando que los hechos que las motivaron no habían cambiado, conminando al Presidente de la Asamblea, “a cumplir a cabalidad con lo decidido en la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016,” advirtiéndole sobre las multas previstas en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo para los casos de desacato a las decisiones del Tribunal, “sin perjuicio de las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias a que hubiere lugar;” y conminándolo a la Asamblea que remitiera a la Sala “la documentación donde se evidencie el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el fallo N° 269 del 21 de abril de 2016, en el proceso de formación de las leyes, en un todo acorde con la Constitución,” y en particular ordenando al Presidente que en un lapso de 5 días informase “en forma específica, y consignase recaudos que lo apoyen” sobre dicho cumplimiento; en particular sobre la consulta de:

“carácter obligatorio por la Asamblea Nacional –a través de su Directiva– al Ejecutivo Nacional por vía del Vicepresidente Ejecutivo– a los fines de determinar su viabilidad económica, aun los sancionados para la fecha de publicación del presente fallo, en aras de preservar los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio del régimen fiscal de la República, tomando en consideración las limitaciones financieras del país, el nivel prudente del tamaño de la economía y la condición de excepcionalidad económica decretada por el Ejecutivo Nacional.”

Con esta decisión, la Sala Constitucional dejó así abierta la posibilidad de reaccionar contra los diputados de la Asamblea por desacato, y por ello, proceder a enjuiciarlos.

¹⁴ Mediante Comunicado la Asamblea Nacional rechazó la decisión N° 473 de la Sala Constitucional, como violatoria a la autonomía constitucional y al derecho a la defensa de la misma, considerando que la sentencia privaba a la Asamblea de la facultad de defender en juicio las leyes y demás actos parlamentarios por medio de apoderados escogidos por la misma, como siempre ha ocurrido en el país; quedando la representación conforme a la sentencia, en apoderados nombrados por el Procurador General que es un órgano del Poder Ejecutivo. En fin, la Asamblea denunció que la sentencia violaba el orden constitucional y democrático. Véase el Comunicado de 5 de julio de 2016 en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc1cce92be2c893e0f0f266ac32f05e89d7ad28579.pdf>

60. LA USURPACIÓN DEFINITIVA DE LA FUNCIÓN DE LEGISLAR POR EL EJECUTIVO NACIONAL Y LA SUSPENSIÓN DE LOS REMANENTES PODERES DE CONTROL DE LA ASAMBLEA CON MOTIVO DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EMERGENCIA ECONÓMICA.

Comentario sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 411 del 19 de mayo de 2016, que declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016 sobre el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 444-468

Resumen: *Este artículo tiene por objeto comentar los alcances del Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016, como fue interpretado por la Sala Constitucional, de declaración de Estado de excepción, con el objeto de eliminar en forma definitiva la función de legislar de la Asamblea Nacional.*

Abstract: *This Paper is intended to analyze the scope of the Decree N° 2.322 of May 13, 2016 issued by the President of the Republic, as it was interpreted by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in order to eliminate in a definitive way the legislative function of the National Assembly.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Función Legislativa. Estado de Excepción.*

Key words: *National Assembly. Legislative Function. Estate of Emergency.*

Mediante Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016,¹ el Presidente de la República, al decretar de nuevo un estado de excepción y de emergencia económica, le terminó de dar un golpe definitivo a la Constitución, al usurpar totalmente la potestad de legislar, despojando a la Asamblea Nacional de su función esencial –que ya le había impedido ejercer la Sala Constitucional–, al suspenderle a la misma los poderes de control que aún no le había cercenado la Sala Constitucional en materia de autorizaciones legislativas de créditos adicionales al presupuesto y para la celebración de contratos de interés nacional.²

A partir de este Decreto, ya nada le quedó por hacer a la Asamblea Nacional en Venezuela, salvo rebelarse constitucionalmente contra la usurpación de la voluntad popular que han ejecutado tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

Para dictar este inconstitucional Decreto, el Presidente de la República invocó su carácter de Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo (art. 226 de la Constitución), ejerciendo la atribución establecida en el artículo 236.7 de la Constitución, e invocó igualmente lo previsto en los artículos 337, 338 y 339 de la misma; normas que en forma alguna lo autorizan a autorizarse a sí mismo la función de legislar ni a coartar el funcionamiento de la Asamblea Nacional.

¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.227 Extraordinario del 13 de mayo de 2016, la cual sin embargo sólo circuló tres días después, el lunes 16 de mayo de 2016. Véanse los comentarios sobre este decreto en Allan R. Brewer-Carías, -Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,- 19 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Golpe%20final%20a%20la%20democracia.%20%20Edo%20excepci%C3%B3n%20%2019%20mayo%202016.pdf>.

² Por ello, con razón, *Foro por la Vida* advierte que constituye -una ruptura del orden constitucional.- Véase -Foro por la Vida: Decreto de Estado de excepción rompe el orden constitucional,- 18 de mayo de 2016, en <http://runrun.es/nacional/262345/foro-por-la-vida-decreto-de-estado-de-excepcion-rompe-el-orden-constitucional.html>.

Al haberlo hecho en la forma absolutamente imprecisa como se dictó el Decreto, sin haber restringido ninguna garantía constitucional específica, podría resultar el absurdo de que el Presidente lo que pretendió fue *restringir todas las garantías constitucionales*, con grave riesgo a los derechos humanos en el país, lo no sólo sería inconstitucional, sino por supuesto, totalmente inadmisible en un Estado de derecho.³

I. BASES DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Las normas que citó el Presidente como base constitucional del decreto, en efecto, regulan la atribución del mismo, en Consejo de Ministros, para decretar estados de excepción, considerándose como tales:

“las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos” (art. 337).

Tal declaratoria puede consistir en un “decreto del estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación,” (art. 338), lo cual por supuesto, en ningún caso “interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” es decir, de los Poderes Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral (art. 339).

La declaratoria de estado de estado de excepción y de emergencia económica puede implicar la restricción temporal de “las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incommunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,” (art. 337); lo que en todo caso debe ser una decisión expresa y precisa, y en cuyo caso, *en el mismo* “decreto que declare el estado de excepción” dice la Constitución, “se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). El decreto, además, debe cumplir obligatoriamente por imposición de la Constitución “con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” conforme al artículo 339 de la Constitución, el cual constitucionalizó dichos instrumentos internacionales, que por ello en particular la Convención Americana sigue vigente a pesar de la denuncia de la misma en 2012.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA POR PRETENDER EL EJECUTIVO NACIONAL DELEGARSE A SÍ MISMO LA POTESTAD DE LEGISLAR, USURPANDO LAS FUNCIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

El anterior es fundamentalmente el régimen constitucional que rige la declaratoria de los estados de excepción, el cual fue abiertamente violado por el Presidente de la República, al dictar el Decreto N° 2323 de 13 de mayo de 2016.

En efecto, con base en esas normas constitucionales, lo que el Presidente podía hacer al decretar el estado de excepción y emergencia económica, era proceder a dictar en el mismo decreto aquellas medidas para lo cual “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos,” o conforme al artículo 6 de la misma Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción,⁴ “en caso de *estricta*

³ Por eso, con razón, el Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de Febrero-Marzo de 1989 (COFAVIC), expresó que: -El decreto de estado de excepción no establece de manera específica las garantías restringidas, lo cual deriva en una suspensión general e inconstitucional de todos los derechos humanos y las garantías previstas en nuestra Constitución, abriendo la posibilidad de una suspensión del Estado de Derecho no previsto en la Carta Magna y que coloca en graves riesgos a los derechos humanos y las libertades públicas, lo cual es absolutamente contrario al artículo 337 del texto constitucional.- Véase: COFAVIC. -Comunicado Público: Los Estados de Excepción no pueden ser usados para coartar libertades públicas, perseguir o discriminar,- Caracas 17 de mayo de 2016, en <http://www.cofavic.org/comunicado-publico-los-estados-de-excepcion-no-pueden-ser-usados-para-coartar-libertades-publicas-perseguir-o-discriminar/6>. En sentido coincidente, Foro por la Vida sostiene que: El decreto por su ambigüedad y amplitud permite interpretaciones discrecionales y arbitrarias, lo que relativiza las obligaciones del Estado y posibilita la criminalización del ejercicio inderogable de estos derechos por parte de todas las personas.- Véase -Foro por la Vida: Decreto de Estado de excepción rompe el orden constitucional,- 18 de mayo de 2016, en <http://runrun.es/nacional/262345/foro-por-la-vida-decreto-de-estado-de-excepcion-rompe-el-orden-constitucional.html>.

⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-2001. Sobre dicha ley véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El régimen constitucional de los estados de excepción- en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo*. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. Véase en general sobre los estados de excepción en la Constitución de 1961: Jesús M. Casal H., -Los estados de excepción en la Constitución de 1999-, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood,

necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional;” pero no está ni estaba autorizado en forma alguna como Jefe del Ejecutivo Nacional para “anunciar” que el propio Ejecutivo Nacional –como si quien dictaba el decreto fuera otro órgano del Estado distinto al Ejecutivo que lo iba a ejecutar– adoptaría “medidas” en el futuro, en particular:

“las medidas oportunas excepcionales y extraordinarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes y servicios fundamentales, e igualmente disminuir los efectos de las circunstancias de orden natural que han afectado la generación eléctrica, el acceso a los alimentos y otros productos esenciales para la vida” (art. 1).

El sentido de esta previsión, por lo demás, se repitió en el artículo 3 del Decreto, con el siguiente texto:

“*Artículo 3.* El Presidente de la República podrá dictar otras medidas de orden social, ambiental, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de resolver la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto e impedir la extensión de sus efectos.”⁵

Estas fórmulas, de entrada, fueron una burla a las potestades de control que tiene la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional de los decretos de estado de excepción, órganos a los cuales debía remitirse dentro del lapso de ocho días para que la primera lo considerase y se pronunciase sobre su aprobación o no, y a la segunda para que se pronunciase sobre su constitucionalidad. Esos controles se burlaron, al ser el decreto una simple cascara, con solo enunciados, sin contenido, de manera que así fuera aprobado y evaluada su constitucionalidad, el control constitucional no se realizaría luego cuando se comenzasen a dictar “las medidas” *de verdad* que se anunciaban, las cuales serían las que supuestamente tendrían el contenido de la emergencia, escapando fraudulentamente a todo control, particularmente al control de la representación popular. Ello era inconstitucional, pues eliminó dicho control político del Parlamento y el control jurídico de la Sala Constitucional sobre las medidas de emergencia, que eran precisamente las que deben someterse a control.

Lo anterior evidencia que el decreto de estado de excepción que se reguló en la Constitución no es un acto para que el Ejecutivo se pueda autorizar a sí mismo para dictar medidas diversas. El decreto de emergencia debe ser el que contenga las medidas a dictar; no puede ser un simple anuncio de medidas imprecisas y futuras. Su texto tiene que contener las medidas que se consideren necesarias; es decir, el decreto de estado de excepción “es” el acto que debe contener las medidas que se estime son necesarias para afrontar las circunstancias excepcionales, que no pueden atenderse con la facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos, que se consideren insuficientes –lo que además, hay que argumentar–, y por ello es que conforme a las mismas normas constitucionales citadas, el decreto de estado de excepción debe someterse al control político por parte de la Asamblea Nacional (aprobación), y al control jurídico por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

No es admisible, por tanto, un decreto de estado de excepción como el dictado por el Presidente de la República que no contiene ninguna medida específica, y que pretendió sólo anunciar que habría medidas en el futuro, y que las mismas, por tanto, por ello escaparían a todo el control político y jurídico que exige la Constitución.

Y mucho menos el decreto de estado de excepción puede ser concebido, como sucedió en este caso del Decreto 2.323, como una especie de “ley habilitante” que el Ejecutivo Nacional se dio a sí mismo; es decir, no puede ser un instrumento para que el Ejecutivo Nacional, que no ejerce el Poder legislativo, usurpando las funciones exclusivas de la Asamblea Nacional, pretenda “delegar” en el propio Poder Ejecutivo un conjunto de materias para regularlas mediante decretos leyes.

Caracas, 1999, pp. 45-54; Salvador Leal W., -Los estados de excepción en la Constitución-, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 335-359; María de los Ángeles Delfino, -El desarrollo de los Estados de Excepción en las Constituciones de América Latina-, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 507-532.

⁵ Sobre esto, sin embargo, COFAVIC con razón advierte que en dicho -artículo 3 del decreto, el Ejecutivo se concede amplísimas facultades que exceden su ámbito de competencia, lo cual configura intromisiones en las atribuciones independientes del Poder Judicial y del Poder Legislativo. Nuestra Constitución establece de manera expresa en su artículo 339, que la declaración del estado excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público lo que significa que el Ejecutivo no podrá sustituir funciones de otros Poderes Públicos.- Véase: COFAVIC. -Comunicado Público: Los Estados de Excepción no pueden ser usados para coartar libertades públicas, perseguir o discriminar,- Caracas 17 de mayo de 2016, en <http://www.cofa-vic.org/comunicado-publico-los-estados-de-excepcion-no-pueden-ser-usados-para-coartar-libertades-publicas-perseguir-o-discriminar/6>.

Y eso, y no otra cosa, es lo que se observa del contenido del Decreto de estado de excepción y emergencia económica N° 2.323, que no fue otra cosa que una inconstitucional “autorización” que el Ejecutivo Nacional se dio a sí mismo para adoptar medidas “oportunas excepcionales y extraordinarias” pero sin especificar cuáles eran, ni por qué eran necesarias ni en qué forma resultaban insuficientes las facultades de las cuales se disponían al momento de ser dictado para hacer frente a tales hechos.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EMERGENCIA ECONÓMICA AL ANUNCIAR MEDIDAS IMPRECISAS, SIN INDICAR LA INSUFICIENCIA DE LAS FACULTADES REGULADAS PARA HACER FRENTE A LOS HECHOS, Y SIN QUE SE HUBIERAN RESTRINGIDO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El régimen de un estado de excepción y emergencia económica es un asunto serio constitucionalmente hablando, pudiendo justificarse su decreto, solo, única y exclusivamente porque para atender “las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas [...] resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos” (art. 337).

Este es el elemento clave y fundamental para justificar un estado de excepción, lo cual no solo debe fundamentarse en el decreto que lo dicte, sino que debe explicarse y motivarse en el mismo para demostrar su necesidad.

Además, si esas medidas que se pretende adoptar porque las facultades legales de los entes públicos no resultan suficientes para hacer frente a los hechos, para poder dictarlas, si exceden de lo que está previsto y regulado en las leyes, resulta ineludible e indispensable entonces, para poder dictarlas, hacer uso de la potestad de restringir las garantías constitucionales de los derechos, como lo indica el artículo 337 de la Constitución, particularmente la garantía de la reserva legal para regular las limitaciones y restricciones de los derechos. Sin embargo, en el Decreto N° 2.323, no se restringió garantía constitucional alguna, por lo que las “medidas” que anunció solo podrían realizarse en el marco de la legislación vigente.

Es decir, mediante la peculiar excepción y emergencia prevista en el Decreto N° 2.323, el Presidente de la República sin restringir garantía constitucional alguna, se asignó a sí mismo la potestad de dictar “las medidas que considere convenientes,” aun cuando sin especificarse ninguna, particularmente relacionadas con los siguientes aspectos y sectores que se enumeran en el texto, pretendiendo con ello solamente dictar actos administrativos en ejecución de las leyes vigentes, no pudiendo dictar como sin duda fue la intención, previsiones que modifiquen las que están previstas en leyes.

Descartada la posibilidad constitucional de que el Presidente pueda entonces en este caso dictar actos con valor y rango de “ley,” por la ausencia de decisión sobre la restricción de garantías constitucionales, en realidad con el decreto lo único que podría hacer eras ejecutar las competencias previstas y *regulados en la multitud de leyes dictadas durante la última década en las diversas materias*, que ya facultaban al Ejecutivo Nacional para poder adoptar las medidas necesarias, y que lo que tenía que hacer el Presidente era ejecutarlas, lo que confirmaba la innecesaridad del decreto. Esas medidas fueron:

1. Para que el sector público asegure el apoyo del sector productivo privado “en la producción, comercialización y sana distribución de insumos y bienes que permitan satisfacer las necesidades de la población” (art. 2.1).
2. Para que el sector público asegure el apoyo del sector productivo privado en el “combate de conductas económicas distorsivas como el “bachaqueo,” el acaparamiento, la usura, el boicot, la alteración fraudulenta de precios, el contrabando de extracción y otros ilícitos económicos” (art. 2.1).
3. “El diseño e implementación de mecanismos excepcionales para el suministro de insumos, maquinaria, semillas, créditos y todo lo relacionado para el desarrollo agrícola y ganadero nacional” (art. 2.2).
4. “La garantía [...] de la correcta distribución y comercialización de alimentos y productos de primera necesidad”, “incluso mediante la intervención de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los órganos de seguridad ciudadana, con la participación de los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP)” (2.3).
5. “El establecimiento de rubros prioritarios para las compras del Estado, o categorías de éstos, y la asignación directa de divisas para su adquisición, en aras de satisfacer las necesidades más urgentes de la población y la reactivación del aparato productivo nacional” (2.6).
6. “El establecimiento de políticas de evaluación, seguimiento y control de la producción, distribución y comercialización de productos de primera necesidad” (Art. 2.8).

7. “Atribuir funciones de vigilancia y organización a los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP), a los Consejos Comunales y demás organizaciones de base del Poder Popular, conjuntamente con la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estatal y Municipal, para mantener el orden público y garantizar la seguridad y soberanía en el país” (art. 2.9).⁶

8. “La autorización a los Ministros o Ministras competentes para dictar medidas que garanticen la venta de productos regulados según cronogramas de oportunidad que respondan a las particulares características de la zona o región, prevaleciendo el interés en el acceso a los bienes con el debido control y supervisión, y con el fin de lograr que los artículos de primera necesidad lleguen a toda la población, mediante una justa distribución de productos que desestime el acaparamiento y reventa de éstos” (art. 2.10).

9. “La planificación, coordinación y ejecución de la procura nacional o internacional urgente de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de servicios básicos en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos de contratación expeditos que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones” (art. 2.11).

10. “La implementación de las medidas necesarias para contrarrestar los efectos de los fenómenos climáticos, tales como el ajuste de la jornada laboral, tanto en el sector público como en el privado, y la realización de estudios y contratación de asesoría internacional para la recuperación de los ecosistemas involucrados en la generación hidroeléctrica del país, la vigilancia especial de las cuencas hidrográficas por parte de la fuerza pública” (art. 2.12).

11. “Requerir de organismos nacionales e internacionales, así como del sector privado nacional, apoyo y asesoría técnica para la recuperación del parque de generación del Sistema Eléctrico Nacional” (art. 2.13).

12. “Adoptar las medidas necesarias y urgentes para el restablecimiento y mantenimiento de las fuentes de energía eléctrica del Estado” (art. 2.14).

13. “Dictar medidas de protección de zonas boscosas para evitar la deforestación, la tala y la quema que contribuyen a la disminución de las precipitaciones, alteran los ciclos hidrológicos e impactan de forma negativa amenazando los ciclos agroproductivos y cosechas, mermando los niveles de producción y afectando el acceso del pueblo venezolano a bienes y servicios, cuya vigilancia estará a cargo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana” (art. 2.15).

14. “Dictar medidas y ejecutar planes especiales de seguridad pública que garanticen el sostenimiento del orden público ante acciones desestabilizadoras que pretendan irrumpir en la vida interna del país o en las relaciones internacionales de éste y que permitan avances contundentes en la restitución de la paz de la ciudadanía, la seguridad personal y el control de la fuerza pública sobre la conducta delictiva” (art. 2.16).⁷

⁶ Sobre esto, sin embargo, COFAVIC con razón advirtió que -Contraviniendo de manera contundente el artículo 332 de nuestra Constitución, el decreto, en su artículo 2, numeral 9, otorga amplísimas facultades a la Fuerza Armada Nacional (FFAA) y grupos civiles para el control del orden público, la garantía de seguridad y la soberanía en el país.- Véase: COFAVIC. -Comunicado Público: Los Estados de Excepción no pueden ser usados para coartar libertades públicas, perseguir o discriminar.- Caracas 17 de mayo de 2016, en <http://www.cofavic.org/co-municado-publico-los-estados-de-excepcion-no-pueden-ser-usados-para-coartar-libertades-publicas-perseguir-o-discriminar/6>. De acuerdo con Foro por la Vida, se trata en este caso, de la -Promoción de mecanismos ilegales para el control del orden público, mediante la atribución de funciones de vigilancia y control para garantizar -la seguridad y soberanía del país- a grupos de filiación político-partidista (Comités Locales de Abastecimiento y Distribución-CLAP). De acuerdo al decreto, estos grupos con el apoyo de las Fuerzas Armadas servirían para enfrentar presuntas -acciones desestabilizadoras.-/ Las labores de control de orden público corresponden estrictamente a los organismos de seguridad que deben ser de carácter civil. La intervención de militares, milicias y grupos civiles en el ejercicio de estas funciones, actuando bajo doctrina o adhesión político-partidista contra posibles -enemigos internos-, genera condiciones para la violación sistemática y discriminatoria de derechos humanos.- Véase -Foro por la Vida: Decreto de Estado de excepción rompe el orden constitucional.- 18 de mayo de 2016, en <http://runrun.es/nacional/262345/foro-por-la-vida-decreto-de-estado-de-excepcion-rompe-el-orden-constitucional.html>.

⁷ Sobre esto, sin embargo, COFAVIC con razón advierte que -El Decreto, en el artículo 2, numeral 16, por su ambigüedad e indeterminación, deja abierta la posibilidad de que el derecho a manifestar y la libertad de expresión sean considerados como acciones desestabilizadoras que pretendan irrumpir en la vida interna del país. Asimismo, no hace mención del uso proporcional de la fuerza pública en el restablecimiento del orden interno, refiere planes especiales en el delicado ámbito de la seguridad ciudadana, sin especificar el objetivo y alcance de los mismos.- Véase: COFAVIC. -Comunicado Público: Los Estados de Excepción no pueden ser usados para coartar libertades públicas, perseguir o discriminar.- Caracas 17 de mayo de 2016, en <http://www.cofavic.org/comunica-do-publico-los-estados-de-excepcion-no-pueden-ser-usados-para-coartar-libertades-publicas-perseguir-o-discriminar/6>.

15. “La adopción de medidas especiales en el orden de la política exterior de la República que garanticen el absoluto ejercicio de la soberanía nacional e impidan la injerencia extranjera en los asuntos internos del Estado venezolano” (art. 2.17).

16. “El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de banca y finanzas podrá efectuar las coordinaciones necesarias con el Banco Central de Venezuela a los fines de establecer límites máximos de ingreso o egreso de moneda venezolana de curso legal en efectivo, así como restricciones a determinadas operaciones y transacciones comerciales o financieras, restringir dichas operaciones al uso de medios electrónicos debidamente autorizados en el país” (art. 4).

17. “Se podrá suspender de manera temporal el porte de armas en el territorio nacional, como parte de las medidas para garantizar la seguridad ciudadana y el resguardo de la integridad física de los ciudadanos y ciudadanas, preservando la paz y el orden público. Tal medida no será aplicable al porte de armas orgánicas dentro del ejercicio de sus funciones a los cuerpos de seguridad del Estado y la Fuerza Armada Nacional Bolivariana” (art. 5).

18. “A fin de fortalecer el mantenimiento y preservación de la paz social y el orden público, las autoridades competentes deberán coordinar y ejecutar las medidas que se adopten para garantizar la soberanía y defensa nacional, con estricta sujeción a la garantía de los derechos humanos” (art. 8).

Todas estas “medidas,” que eran más bien definición de políticas públicas, si acaso pretendía el Presidente de la República con el decreto de excepción querer adoptarlas modificando la legislación vigente, ellas serían absolutamente inconstitucionales por violación del principio de la reserva legal prevista en la Constitución para regular el ejercicio de los derechos constitucionales (arts. 19 y siguientes), pues tal garantía no se restringió con el decreto.

Por ello, como no se restringió dicha garantía, las medidas anunciadas, como se dijo, estando reguladas en la multitud de leyes que se habían sancionado y reformado sucesivamente en los últimos lustros para regular todos los sectores de la economía, con previsiones incluso excesivas e inconstitucionales restrictivas de la libertad económica y de la propiedad privada, podían implementarse en ejecución de las mismas, las cuales por lo demás, habían permitido en el pasado a los órganos del Ejecutivo Nacional intervenir en todas las fases del proceso productivo nacional.

Lo único que tenía que hacer el Presidente de la República, era ejecutar las políticas públicas que considerase necesarias, y proceder a cumplir y ejecutar la legislación vigente para implementarlas. No era necesario, sino más bien redundante, un decreto de excepción y de emergencia económica, sin contenido, como el Decreto 2.323, dictado al margen de la Constitución y en fraude a la misma al pretender permitir que escapasen del control político y judicial los “actos” que eventualmente se dicten en su ejecución.

Por lo demás, en la misma línea de previsiones redundantes del decreto estaba la contenida en su artículo 7, indica que:

“*Artículo 7.* Corresponde al Poder Judicial y al Ministerio Público realizar las actividades propias de su competencia a fin de garantizar la aplicación estricta de la Constitución y la ley para reforzar la lucha contra el delito e incrementar la celeridad procesal, así como las atribuciones que le correspondan en la ejecución del presente decreto.”

El Poder Judicial y el Ministerio Público deben sin duda, cumplir sus funciones de acuerdo con la legislación que los rige, para lo cual el Presidente de la República nada tiene que decir ni agregar.

Por ello, el verdadero motivo del decreto de excepción, en realidad, fue otro distinto incluso a la implementación de dichas políticas públicas que podían realizarse ejecutando la legislación, y fue provocar, en contra de lo prescrito en la Constitución (art. 339), la interrupción indebida del funcionamiento de la Asamblea Nacional, eliminando sus competencias constitucionales.

IV. LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN EL MANEJO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

En efecto, conforme a la Constitución, “la administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley” (art. 313), de manera que “no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto” (art. 314).

La Constitución agrega, sin embargo, que:

“Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada” (art. 314).

A tal efecto, el artículo 236.13 de la Constitución dispone que el Presidente de la República solo puede “decretar créditos adicionales al Presupuesto, *previa autorización de la Asamblea Nacional* o de la Comisión Delegada,” correspondiendo a la Asamblea Nacional no sólo “discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público” (art. 187.6), sino “*autorizar los créditos adicionales al presupuesto*” (art. 187.7); y a la Comisión Delegada de la Asamblea, la atribución de “*autorizar al Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales*” (art. 196.3).

Más claras, ciertamente, no pueden ser las disposiciones constitucionales en materia del manejo del gasto público y sobre la necesaria intervención mediante autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, como manifestación concreta del régimen de control político que le corresponde a la representación popular en el manejo de las finanzas públicas.

Sin embargo, ignorando lo que disponen todas estas normas constitucionales en cuanto a la necesaria e imprescindible intervención autorizatoria de la Asamblea Nacional para decretar créditos adicionales al presupuesto, en el Decreto N° 2.323 de estado de excepción y emergencia económica, el Presidente de la República, violando la Constitución, se autorizó a sí mismo a seguir violándola, al prever en el decreto la siguiente “medida” que él mismo puede dictar:

“4. La autorización por parte del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de erogaciones con cargo al Tesoro Nacional y otras fuentes de financiamiento que no estén previstas en la Ley de Presupuesto, para optimizar la atención de la situación excepcional. En cuyo caso, los órganos y entes receptores de recursos ajustarán los correspondientes presupuestos de ingresos” (art. 2.4).

Es decir, de un plumazo, pura y simplemente, lo que hizo el Presidente de la República fue eliminar la aplicación de cuatro normas constitucionales, los artículos 187.7, 196.3, 236.13 y 314, anulado los poderes de control de la Asamblea Nacional en materia de gastos públicos, lo que evidentemente violó directa y abiertamente la Constitución.

V. LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN AUTORIZATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL

La Constitución atribuye al Presidente de la República, además, competencia para “celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y a la ley” (art. 236.14); indicándose sin embargo en el artículo 187.9, que es competencia de la Asamblea Nacional:

“Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Todo ello se ratifica y complementa en el artículo 150 de la Constitución, en el cual se dispone que:

“*Artículo 150.* La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.”

Sin embargo, en contra lo previsto en todas estas normas constitucionales, mediante el Decreto 2.323 de estado de excepción y emergencia económica, el Presidente eliminó el ejercicio del control político y administrativo por parte de la Asamblea Nacional para autorizar la celebración de contratos de interés público nacional, al atribuirse el Presidente de la República, a sí mismo, la “competencia para”:

“5. La aprobación y suscripción por parte del Ejecutivo Nacional de contratos de interés público para obtención de recursos financieros, asesorías técnicas o aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país, sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos.”

Es decir, de otro plumazo, pura y simplemente, lo que hizo el Presidente de la República fue eliminar la aplicación de otras tres normas constitucionales, los artículos 150, 187.9 y 263.14, anulado los poderes de control de la Asamblea Nacional en materia de celebración de contratos de interés nacional, lo que evidentemente también violó directa y abiertamente la Constitución.

VI. LA INCONSTITUCIONAL DECLARACIÓN DE UNA ESPECIE DE “IMPUNIDAD ANTICIPADA” PARA LOS FUNCIONARIOS DEL PODER EJECUTIVO FRENTE AL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

En el Decreto N° 2.323 de estado de excepción, se incluyó, además, entre las “medidas” que el Presidente se autorizó a sí mismo para dictar, una bizarra previsión con el contenido siguiente:

“7. Decidir la suspensión temporal y excepcional de la ejecución de sanciones de carácter político contra las máximas autoridades del Poder Público y otros altos funcionarios, cuando dichas sanciones puedan obstaculizar la continuidad de la implementación de medidas económicas para la urgente reactivación de la economía nacional, el abastecimiento de bienes y servicios esenciales para el pueblo venezolano, o vulnerar la seguridad de la nación” (art. 2.7).

Con esta previsión, el Presidente de la República desconoció abiertamente la atribución constitucional de la Asamblea Nacional prevista en el artículo 187.10 de la Constitución, de “dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros” pudiendo decidir la Asamblea con voto calificado de las tres quintas partes de los diputados, la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro. Esta atribución de la Asamblea se ratifica y complementa en los artículos 240 y 246 de la Constitución.

Contrariamente a lo dispuesto en esas normas, con la previsión del artículo 2.7 del Decreto N° 2.323, el Presidente decidió poner en sus propias y solas manos, “suspender” el ejercicio de la potestad constitucional de la Asamblea Nacional para poder aprobar votos de censura al Vicepresidente Ejecutivo y los ministros, desconociendo la Constitución, como ya había sido desconocida por el propio Poder Ejecutivo mediante Decreto N° 2.309 de 2 de mayo de 2016.⁸

Es decir, también en este caso, de otro plumazo adicional, pura y simplemente, lo que hizo el Presidente de la República fue eliminar la aplicación de otras tres normas constitucionales, los artículos 150, 240 y 246, anulado los poderes de control político de la Asamblea Nacional en materia de aprobación de votos de censura contra Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, y la posibilidad de que se ordenase legislativamente la remoción de dichos funcionarios, lo que evidentemente también violó directa y abiertamente la Constitución.

VII. LA INCONSTITUCIONAL VIOLACIÓN DE DERECHOS GARANTIZADOS EN LA CONSTITUCIÓN SIN QUE SE HAYA RESTRINGIDO GARANTÍA ALGUNA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Como hemos señalado, la Constitución establece que la declaratoria de estados de excepción y de emergencia económica puede implicar la restricción temporal de “las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,” (art. 337); lo que en todo caso debe ser una decisión expresa y precisa, y en cuyo caso, *en el mismo* “decreto que declare el estado de excepción” dice la Constitución, “se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

En el Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016 no se restringió garantía constitucional alguna, por lo que en el mismo no podría establecerse medida alguna que significara restricción de la libertad personal o de la libertad económica, de que las personas pudieran libremente contratar con las entidades u organismos extranjeros que elijan libremente para la ejecución de proyectos en el país. Nada en la legislación impide ni restringe ese derecho, y el mismo no está constitucionalmente restringido.

Sin embargo, en violación a la Constitución, en particular al ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 20), la libertad de asociación (art. 50), el derecho a la participación política (art. 62), el derecho de asociarse con fines políticos (art. 67) y a la libertad económica (art. 112), sin que las garantías de dichos derechos se hubieran restringido, y por tanto violando la obligación del Estado de garantizarlos (art. 19), en el Decreto N° 2.323, el Presidente de la República se autorizó a sí mismo para:

⁸ Véase en *Gaceta Oficial* Extra. N° 6225 de 2 de mayo de 2016.

“18. Instruir al Ministerio de Relaciones Exteriores la auditoría e inspección de convenios firmados por personas naturales o jurídicas nacionales con entidades u organismos extranjeros para la ejecución de proyectos en el país, y ordenar la suspensión de los financiamientos relacionados a dichos convenios cuando se presume su utilización con fines políticos o de desestabilización de la República” (art. 2.18).⁹

Con ello, también de otro plumazo acumulado, pura y simplemente, lo que hizo el Presidente de la República fue violar las garantías establecidas en seis normas constitucionales, los artículos 19, 20, 50, 62, 67 y 112, violando la reserva legal que implica que las restricciones al ejercicio de tales derechos solo puede establecerse mediante ley. El Decreto 2.323, como se dijo, no restringió garantía constitucional alguna de derechos constitucionales, por lo que no puede el Presidente de la República someter la libertad de las personas de contratar con quienes quieran, en la forma que quieran y para los fines que quieran, a la “auditoría e inspección de los convenios” que hubiesen firmado por parte de autoridad alguna, ni podía el Presidente “ordenar la suspensión de los financiamientos relacionados a dichos convenios” en ningún caso.

Si alguna autoridad presume que algunas fuentes de financiamiento de cualquier naturaleza se puedan utilizar “con fines políticos o de desestabilización de la República,” en realidad, lo que debe ocurrir es denunciar el asunto ante el Ministerio Público para que inicie las averiguaciones para determinar la comisión de algún hecho punible de orden político.

VIII. LA INCONSTITUCIONAL MOTIVACIÓN DEL DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA OPOSICIÓN Y EL INTENTO DE ACABAR CON LO QUE QUEDABA DE DEMOCRACIA MEDIANTE “DECRETO”

Aparte de las inconstitucionalidades del contenido del Decreto de estado de excepción y de emergencia económica, N° 2.323 de 13 de mayo de 2016, lo que más llama la atención es la motivación del mismo, que se basó en acusaciones genéricas, sin identificar grupo alguno, a que las causas del colapso económico del país, que es única y exclusivamente consecuencia de las erradas políticas económicas del gobierno queriendo imponer un modelo socialista y comunista, destruyendo el aparato productivo del país; se debía a una supuesta alianza de “algunos sectores políticos nacionales, aliados con intereses particulares extranjeros,” que habrían sido los que habrían atacado la economía venezolana, todo “con la finalidad de promover un descontento popular contra el Gobierno Nacional; creando un clima de incertidumbre en la población, con la intención de desestabilizar las Instituciones del Estado.”

Se agregó, además, que había sido “la oposición política venezolana” la que había aplicado “esquemas perversos de distorsión de la economía venezolana tales como el acaparamiento, el boicot, la usura, el desabastecimiento y la inflación inducida,” cuando ello no ha sido otra cosa que consecuencia de las políticas económicas implementadas por el Gobierno que han alentado esas distorsiones, de las cuales no se puede acusar irresponsablemente a la “oposición política venezolana.” Así como tampoco se puede acusar, a “sectores privados de la economía y de políticos opuestos a la gestión de Gobierno” de “actitud hostil y desestabilizadora” y mucho menos de ser agentes económicos que:

“auspiciados por intereses extranjeros, obstaculizan el acceso oportuno de los venezolanos a bienes y servicios indispensables para la vida digna de la familia venezolana, generando de manera deliberada malestar en la población a través de fenómenos distorsivos como el “bachaqueo”, las colas inducidas y un clima de desasosiego e incitación a la violencia entre hermanos.”

De todo ello, el único culpable es el propio Gobierno del Presidente de la República, consecuencia de sus políticas destructivas de la economía nacional, basada en un ingreso petrolero que se malgastó,

⁹ Sobre esto, sin embargo, COFAVIC con razón advierte que -el artículo, 2 en los numerales 17 y 18 del decreto, constituyen una clara limitación y amenaza al derecho de asociación, al debido proceso y al accionar legítimo, independiente y libre de las organizaciones no gubernamentales y del sector académico.- Véase: COFAVIC. -Comunicado Público: Los Estados de Excepción no pueden ser usados para coartar libertades públicas, perseguir o discriminar,- Caracas 17 de mayo de 2016, en <http://www.cofavic.org/co-municado-publico-los-estados-de-excepcion-no-pueden-ser-usados-para-coartar-libertades-publicas-perseguir-o-discriminar/6> Sobre esto mismo, Foro por la Vida ha advertido que se trata de una -Prohibición de la cooperación internacional para labores calificadas como de -fines políticos- o -desestabilización de la República-, impidiendo el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil autónomas e independientes. La medida puede ser aplicada, según el artículo 2, numeral 18, por la sola presunción del gobierno de que se realizan con la finalidad de desestabilizar el país. Ello afecta directamente el derecho a la asociación limitando las posibilidades de respuesta de la sociedad ante los graves problemas de inseguridad, alimentación y salud pública que enfrenta el país en este momento.- Véase -Foro por la Vida: Decreto de Estado de excepción rompe el orden constitucional,- 18 de mayo de 2016, en <http://runrun.es/nacional/262345/foro-por-la-vida-decreto-de-estado-de-excepcion-rompe-el-orden-constitucional.html>.

despilfarró y saqueó, y al final resultó inexistente para pretender financiar la importación de todo lo que se dejó de producir en el país por obra del dismantelamiento y destrucción del aparato productivo del Estado, y aniquilación de la iniciativa privada.

En todo caso, lo grave de todo el contenido del decreto de estado de excepción y emergencia económica, es que a juicio del Presidente de la República, pura y simplemente en Venezuela no puede haber oposición a las políticas del Gobierno, acusándose a la oposición de todos los males del país, incluso de estar combinada con supuestos “grupos criminales armados y paramilitarismo extranjero.” Esta fase de criminalización de la oposición, por ser oposición, es lo que se refleja en la denuncia que el Presidente hizo en los “Considerandos” del decreto, al expresar que fue a partir de 5 de enero de 2016, cuando se instaló la nueva Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, que la misma pasó a estar controlada por:

“representantes políticos de la oposición a la Revolución Bolivariana, quienes desde su oferta electoral y hasta sus más recientes actuaciones con apariencia de formalidad, han pretendido el desconocimiento de todos los Poderes Públicos y promocionando particularmente la interrupción del período presidencial establecido en la Constitución por cualquier mecanismo a su alcance, fuera del orden constitucional, llegando incluso a las amenazas e injurias contra las máximas autoridades de todos los Poderes Públicos.”

O sea, en Venezuela, con esta manifestación, a juicio del Presidente no puede haber oposición política al gobierno, y la que existe, hay que perseguirla, pues se la concibe como “enemiga,” violándose con ello la Constitución, los principios democráticos, los tratados sobre derechos humanos y la Carta Democrática Interamericana.

El decreto, por ello, es, en definitiva, un decreto mediante el cual el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional decretó el fin de la democracia, la cual, sin embargo, lamentablemente para él, no se termina mediante decretos.

IX. LA ELIMINACIÓN DEFINITIVA DE LA POTESTAD DE LEGISLAR DE LA ASAMBLEA DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN: EL CASO DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ESPECIAL PARA ATENDER LA CRISIS NACIONAL DE SALUD

La decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de eliminar definitivamente la potestad de legislar de la Asamblea Nacional durante la vigencia de los Estados de excepción, se concretó en relación con la Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud que la Asamblea Nacional sancionó el 3 de mayo de 2016, motivada por la “*crisis humanitaria*” que el Parlamento consideró existía en el país, y por la negativa del Poder Ejecutivo de autorizar la recepción de ayuda humanitaria del exterior.

En relación con dicha Ley, quien ejercía la Presidencia de la República, sometió la misma conforme al artículo 214 de la Constitución a la consideración de la Sala Constitucional, solicitándole un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, dado las “dudas razonables” que sobre ello tenía, en virtud de que: *primero*, que una vez decretado el estado de excepción por emergencia económica, de acuerdo con el Presidente solicitante “debería quedar temporalmente suspendida la potestad legislativa relativa a los derechos y garantías de contenido económico que se han visto afectados por la declaratoria de estado de excepción;” *segundo*, que la Asamblea Nacional había evidenciado con esta legislación “la falta de visión política sobre la situación nacional” al dictar “una ley que pretende ‘solucionar la crisis nacional de salud’ y hablan sobre ‘cooperación y ayuda internacional’” pero que “bloquea todas las iniciativas del Ejecutivo Nacional” en la materia; considerando que “la conducta e insensatez de los diputados de oposición y la directiva de la Asamblea Nacional en su forma de legislar, genera una *presunción de inconstitucionalidad* de la ley,” que era lo más “parecido a la desviación de poder;” y *tercero* que para su sanción no se había seguido el criterio impuesto por dicha Sala mediante sentencia N° 269 de fecha 21 de abril de 2016, de que el Parlamento debía obtener previamente a la sanción, el visto bueno del Vicepresidente Ejecutivo sobre la viabilidad económica de la legislación aprobada.

La Sala Constitucional, sobre ello, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, dictó sentencia N° 460 de 16 de junio de 2016,¹⁰ declarando la Ley inconstitucional, al considerar que la finalidad de la misma era:

¹⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188165-460-9616-2016-16-0500>. HTML

“imponer al Gobierno Nacional a recibir de parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), por concepto de ayuda humanitaria, cierta cantidad de medicamentos calificados por el propio organismo especializado de la Naciones Unidas como “esenciales”, con el propósito de atender la “crisis humanitaria” declarada por la propia Asamblea Nacional mediante acuerdo legislativo del 26 de enero de 2016.”

Para decidir, la Sala Constitucional se basó en lo que resolvió en su sentencia N° 411 del 19 de mayo de 2016, que declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016 que decretó el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica, considerando inconstitucionalmente que como el mismo tenía rango de ley, el Presidente de la República se había investido a sí mismo de todos los poderes, “suspendiendo” para ello “temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho Decreto”; y considerando además, que una vez decretado un estado de excepción, ello impedía “la concurrencia de competencias con cualquier otro órgano del Poder Público;” es decir, significaba en definitiva respecto de la Asamblea Nacional, la eliminación de su potestad de legislar.

De allí concluyó la Sala Constitucional, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución según el cual “la declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” indicando que una vez decretado un estado de excepción, la Asamblea Nacional supuestamente solo “mantiene su competencia para legislar sobre materias *distintas* a las incluidas en el ámbito de circunstancias” contenidas en el decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica. Sobre la norma del artículo 339 de la Constitución, la Sala pura y simplemente le mutó y cambió su contenido al decidir que la misma “no implicaba” que la Asamblea pudiera:

“dictar normas o actos para atender la situación de emergencia, ya que la habilitación conferida al Ejecutivo Nacional en virtud del estado de excepción, no admite concurrencia y excluye temporalmente la capacidad normativa de otros órganos en el mismo ámbito material del régimen extraordinario, pues ello pudiera generar contradicciones para la garantía de los derechos fundamentales y el orden constitucional.”

De todo ello concluyó la Sala que, decretado el estado de excepción, ello supuestamente implicaba, contrario a lo dispuesto en la Constitución, que las medidas que se dictasen para resolver la situación que lo originó “forman parte del ámbito material del régimen del estado de excepción [que] se encuentran *reservadas* al Presidente de la República en Consejo de Ministros.” Siendo ello supuestamente así, entonces, consideró la Sala que los poderes públicos debían actuar sobre la base de “entendimiento, diálogo, tolerancia y respeto,” concluyendo entonces en su sentencia que la Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud, que había sido sancionada por la Asamblea Nacional, atentaba “contra las competencias conferidas al Presidente de la República por el artículo 15 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción. Así se decide.”

Ello, por supuesto era completamente falso, pues dicha norma de la Ley no establece otra cosa que la consecuencia constitucional de la potestad de decretar los estados de excepción, que no es otra que *en el mismo decreto* se adopten las medidas excepcionales requeridas. Pero deducir de ello que una vez decretado un Estado de excepción, el Presidente independientemente de las medidas contenidas en el mismo pueda de allí en adelante adoptar todas las que se le ocurra, quedando eliminada la potestad de la Asamblea Nacional de poder legislar, es absolutamente contrario a lo dispuesto al final del artículo 339 de la Constitución que precisamente dispone lo contrario, que “la declaración del estado de excepción *no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.*”

Adicionalmente, para declarar la inconstitucionalidad de la Ley sobre la crisis del sistema de salud, la Sala consideró que como la Asamblea Nacional había obviado solicitar el “visto bueno” previo del Vicepresidente Ejecutivo para sancionar las leyes, como inconstitucionalmente se lo había impuesto la propia Sala en sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, antes comentada, la Asamblea entonces habría incurrido “en vicios procedimentales que acarrear su declaratoria de inconstitucionalidad. Así se declara.”

Pero no quedó allí el pronunciamiento de la Sala, esencialmente inconstitucional, sino que la misma en su sentencia pasó a pronunciarse sobre el contenido mismo de la Ley especial, en particular sobre las normas que le imponían al Poder Ejecutivo la obligación de presentar informes a la propia Asamblea en relación con la ejecución de la Ley (art. 5; 14), lo que la Sala consideró inconstitucional y “totalmente irracional y desproporcionada” con base en su propia “doctrina vinculante de interpretación constitucional,” establecida en relación a las normas constitucionales relativas a los estados de excepción en la sentencia N° 9 del 1° de marzo de 2016, también comentada anteriormente; y en la inconstitucional declaratoria de inconstitucionalidad de las normas de los artículos 3, 11, 12 y 21 al 26 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, anulando toda posibilidad de ejercicio por parte de la Asamblea de sus poderes de control político y administrativo sobre el gobierno y la Administración Pública; también comentada anteriormente.

La Sala Constitucional, en definitiva, concluyó indicando, por supuesto inconstitucionalmente, que ninguna Ley puede establecer mecanismos de control parlamentario sobre la gestión del Poder Ejecutivo Nacional en términos distintos o adicionales a los previstos por los artículos 237 y 244 de la Constitución,” es decir, a la “presentación de la memoria y cuenta anual.”

La Sala, adicionalmente, consideró que la previsión de la Ley sobre la crisis del sector salud de permitir a la Asamblea Nacional el poder “servir de intermediario en la solicitud de Cooperación Internacional para atender la crisis nacional de salud,” significaba conferir “a la Asamblea Nacional competencias para formular, dirigir y ejecutar las relaciones exteriores de la República,” lo que a juicio de la Sala supuesta y adicionalmente violaba la disposición de los artículos 226 y 236.4 de la Constitución que asignan al Presidente de la República, como materia que le está reservada, el “dirigir las relaciones exteriores de la República;” considerando finalmente que al dictar la Ley examinada que declaró como inconstitucional, la Asamblea Nacional había “usurpado” las “competencias atribuidas al Presidente de la República en materia de dirección de la acción de gobierno en el ámbito de los estados de excepción, así como en materia de relaciones internacionales.

Es decir, en definitiva, con esta sentencia del Juez Constitucional, basta para interrumpir el ejercicio y funcionamiento de la Asamblea Nacional y eliminar su potestad de legislar, que el Presidente de la República decreta un estado de excepción, lo que obviamente es una interpretación contraria al texto de la Constitución que precisamente indica, al contrario, como se ha dicho, que “la declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.”

61. EL DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DEL PODER DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA EXPRESAR OPINIONES POLÍTICAS SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS NACIONAL.

Comentario sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 478 de 14 de mayo de 2016.

Revista de Derecho Público, N° 145-146, enero-junio 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 469-474.

Resumen: *En este artículo se analiza la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la cual se declaró la inconstitucionalidad de una declaración eminentemente política, adoptada por los diputados en ejercicio de su libertad de expresión.*

Abstract: *This article comment the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in which it was declared the unconstitutionality of an political opinion adopted by the representatives in exercise of their freedom of expression.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Acuerdos políticos. Libertad de expresión.*

Key words: *National Assembly. Political declarations. Freedom of Expression.*

El desmantelamiento progresivo de la Asamblea Nacional como órgano de representación popular por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido de tal naturaleza en Venezuela, que además de haberla despojado de sus competencias constitucionales para legislar, para controlar políticamente al Gobierno y la Administración Pública, y para revisar sus propios actos, también se la ha despejado de su competencia para expresar su voluntad política mediante Acuerdos, sobre asuntos de interés nacional.

I. LA DISPARATADA “ACCIÓN DE AMPARO” CONSTITUCIONAL INTENTADA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL, SU DIRECTIVA Y SUS DIPUTADOS, SIN INDICACIÓN DE PERSONA AGRAVIADA NI DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

En efecto, el 3 de junio de 2016, un grupo de abogados de la Procuraduría General de la República, intentaron ante la Sala Constitucional una acción de amparo constitucional, contra:

“las actuaciones, vías de hecho y amenazas de daño inminente emanadas del Presidente, de la Junta Directiva y de la mayoría de diputados que circunstancialmente conforman la Asamblea Nacional (...) con la finalidad de consumar un golpe de Estado con pretendidos y negados visos de legitimidad, asumiendo graves daños colaterales a la población, que han venido siendo contrarrestados por el Ejecutivo Nacional.”

Es decir, ni más ni menos, una disparatada acción de amparo intentada por la República como supuesta parte “agraviada” contra unos diputados como supuesta parte “agraviante,” pero sin que siquiera se identificase el derecho fundamental que se buscaba proteger. En ese marco absurdo, la esencia de la motivación expresada por la Procuraduría General de la República en el libelo de la acción se fundamentó en el hecho de que:

“a partir de su instalación el día 05 de enero de 2016, la actual mayoría de la Asamblea Nacional, circunstancial y opositora al Gobierno Nacional, encabezada por su presidente y demás miembros de la junta directiva, han venido desplegando una serie de actuaciones legislativas y no legislativas (como acuerdos parlamentarios sin forma de ley), incluso vías de hecho, que han tenido como objetivo destruir la

credibilidad del gobierno nacional y entorpecer de forma evidentemente ilegítima e ilícita su gestión, con grave perjuicio y amenaza de daños al pueblo venezolano, especialmente a los sectores más vulnerables del Pueblo Venezolano. Esta actuación, cubierta de cierta “formalidad” ha sido apoyada por un incesante ataque mediático nacional e internacional y el apoyo parcializado de ciertas organizaciones internacionales que vienen criticando abiertamente el modelo político y económico de participación y protección preferente del pueblo venezolano”.

Para reforzar su argumento, la Procuraduría General de la República destacó entre los hechos “agravantes” de la Asamblea Nacional el haber procedido “en sus casi 150 primeros días de gestión,” a “dictar leyes,” a “convocar a los ministros del gabinete ejecutivo” para interpelaciones, a “adelantar juicios y sanciones políticas contra altos funcionarios del Gobierno Nacional,” a “dictar acuerdos” sobre la crisis del país, a “insistir en la salida del Presidente de la República por cualquier medio, como única posibilidad de superación de la crisis económica y oportunidad de desarrollo nacional,” a “invocar la renuncia forzada, el revocatorio del mandato, el pronunciamiento de fuerzas militares, la injerencia de estados y organismos internacionales, la revuelta popular, la inhabilitación política y, en general, otras fórmulas de dudosa juridicidad que apuntan a la ruptura del orden constitucional por vías de hecho,” a “descalificar las actuaciones del resto de los poderes públicos,” y a “desconocer las actuaciones del resto de los poderes a través del desacato directo o el cuestionamiento ofensivo de sus decisiones.”

A lo anterior, para reforzar su argumento, la Procuraduría alegó ante la Sala que, por su parte, el Poder Ejecutivo, “haciendo uso legítimo de sus competencias constitucional y legalmente otorgadas,” había formulado las siguientes solicitudes en relación con esas “actuaciones de injerencia” en las funciones propias del Poder Ejecutivo:

1. Solicitud de Declaratoria de constitucionalidad del Decreto de Emergencia Económica dictado por el Ejecutivo Nacional y desaprobado por la Asamblea Nacional.
2. Solicitud de constitucionalidad de la prórroga del Decreto anterior.
3. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela.
4. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional.
5. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Bono para Alimentación y Medicinas a Pensionados y Jubilados.
6. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.
7. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud.
8. Solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela, y
9. Solicitud de Declaratoria de constitucionalidad del Decreto de Estados de Excepción y de Emergencia Económica”.

Todo ello como reacción a la “inérita mayoría de la Asamblea Nacional, temporal y opositora al gobierno y al orden constitucional,” que a juicio de la Procuraduría “no ha cesado ni cesará en ningún momento de intervenir en las competencias propias del Poder Ejecutivo” todo lo cual a juicio del Procurador:

“constituyen claros supuestos de inconstitucionalidad por usurpación de funciones, desviación de poder, vulneración de derechos fundamentales y violación al orden constitucional que pudieran generar graves daños a la estabilidad de la República, de la Región y del mundo en general a corto, mediano y largo plazo”.

Con base en ello, el Procurador simplemente solicitó a la Sala Constitucional que admitiera y declarase “procedente la presente acción de amparo constitucional,” y, en consecuencia, procediera a dictar:

“aquellos actos que considere necesarios para restablecer la situación jurídica infringida y exhorte al Poder Legislativo Nacional para que cese en la usurpación de funciones del resto de los Poderes Públicos, cese en su intento de desestabilizar al Gobierno Nacional y en sus acciones contra la paz y la constitucionalidad de la República.”

Ciertamente es difícil encontrar en un libelo de demanda de amparo, tanto disparate junto como el que se evidencia de lo antes expuesto, razón por la cual la Sala Constitucional al “admitir” la acción, mediante

sentencia N° 478 de 14 de mayo de 2016¹ procedió a enmendar los errores del Procurador General de la República, observando con razón que la demanda no se sustentaba “de forma directa en la violación de derechos constitucionales, sino en la presunta vulneración de competencias y atribuciones constitucionales inherentes al Poder Ejecutivo Nacional (“usurpación de funciones”),” procediendo entonces a “identificar” la acción como “una demanda de controversia constitucional” de las reguladas en el artículo 336.9 de la Constitución,² a la cual la condujo la Sala.

II. LA MEDIDA CAUTELAR DE OFICIO SUSPENDIENDO LAS MANIFESTACIONES POLÍTICAS DE LA ASAMBLEA Y PROHIBIENDO SU EXPRESIÓN A FUTURO

En todo caso, a pesar de que en el deficiente y errado libelo de la “acción de amparo” intentado el Procurador recurrente no solicitó de la Sala Constitucional que dictase medida cautelar alguna, la misma conforme al artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le confiere poderes de oficio en la materia, procedió a fijarse en dos Acuerdos adoptados por la Asamblea Nacional “como vocera del pueblo soberano”: *primero* el “Acuerdo exhortando al cumplimiento de la Constitución, y sobre la responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral para la preservación de la paz y ante el cambio democrático en Venezuela” de 10 de mayo de 2016,³ ya mencionado; y *segundo*, el “Acuerdo que respalda el interés de la comunidad internacional acerca de G-7, OEA, UNASUR, MERCOSUR y Vaticano en la crisis venezolana” de 31 de mayo de 2016.⁴

Del contenido de dichos Acuerdos, la Sala Constitucional “sin pretender adelantar opinión sobre la decisión definitiva en el presente recurso de controversia constitucional,” observó, sin embargo:

“que en los actos parlamentarios expuestos en los acuerdos precedentes, a simple vista se denota una acción desde la Asamblea Nacional, dirigida a actuar ante instancias internacionales en ejercicio de atribuciones que no le serían propias en el marco del orden constitucional vigente.”

Todo ello lo “dedujo” la Sala del solo hecho de que en el Acuerdo de 10 de mayo de 2016, la Asamblea “instara” a diversos organismos internacionales respectivos a pronunciarse y adoptar “las medidas que corresponda, tendientes a exigir a los Poderes Públicos garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en Venezuela;” y que en el acuerdo del 31 de mayo de 2016, la Asamblea Nacional “respaldara” la “decisión del Secretario General de la OEA, Luis Almagro, de solicitar una reunión extraordinaria del Consejo Permanente para examinar la situación y evitar que se agrave la crisis humanitaria” en el país. Igualmente, la Sala Constitucional destacó una comunicación de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional de 16 de mayo de 2016 dirigida al Secretario General de la OEA, en la cual se refirió a la “vulneración a la democracia y al Estado de Derecho en Venezuela” alegando “un deterioro progresivo de la institucionalidad” y “la alteración del orden constitucional que afecta gravemente el orden democrático;” argumentando que ello “conducirá seguramente a un desmantelamiento de la institucionalidad democrática,” urgiendo la actuación del Secretario General de la OEA “de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Democrática interamericana.”

Del texto de los Acuerdos, así como de diversas notas de prensa emanadas de la Asamblea Nacional, la Sala dedujo que la Asamblea Nacional habría solicitado “la intervención de organismos e instancias internacionales en asuntos internos de la República,” actuaciones que consideró reñidas con lo dispuesto en el artículo 236.4 de la Constitución que le atribuye competencia al Presidente de la República, para “dirigir las relaciones exteriores;” de todo lo cual, tratando la acción intentada como una “acción de controversia constitucional,” la Sala consideró que habrían “indicios de los cuales pudiera desprenderse que el órgano legislativo ha asumido atribuciones que constitucionalmente son propias del Poder Ejecutivo.” O sea, de una simple manifestación de opinión política sobre la actuación de organismos internacionales, la Sala ya “dedujo” que había “indicios” de que la Asamblea Nacional estaba “dirigiendo” las relaciones exteriores del país.

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188339-478-14616-2016-16-0524>. HTML

² *Artículo 336*. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: [...] 9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público-.

³ Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/actos_legislativos/-doc_4a8238c36cbfecbadc7f3b7c3c435c192459d5f3.pdf. Véase el texto de este Acuerdo en el Apéndice de este libro.

⁴ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc-ee2994352ec045270e59b3859af4d375966a767b.pdf>

Y entonces, pura y simplemente, de un plumazo, la Sala procedió no sólo a privar a la Asamblea Nacional como órgano de representación popular, de su poder de manifestar su opinión política sobre los asuntos que considere conveniente del acontecer nacional, suspendiendo “los efectos de los actos parlamentarios de fechas 10 y 31 de mayo de 2016,” contentivos de los Acuerdos mencionados; sino a prohibir “a la Asamblea Nacional, a su Presidente, a su Junta Directiva y a sus miembros en general,” de “pretender dirigir las relaciones exteriores de la República y, en general, desplegar actuaciones que no estén abarcadas por las competencias que les corresponden conforme al ordenamiento jurídico vigente, y que, por el contrario, constituyen competencias exclusivas y excluyentes de otras ramas del Poder Público; so pena de incurrir en las responsabilidades constitucionales a que haya lugar.”

Esto último, sin duda, no había otra forma de interpretarlo sino como una amenaza de enjuiciamiento, por ejemplo, contra el Presidente de la Asamblea Nacional si concurría ante el Consejo Permanente de la OEA aceptando la invitación formulada por el Secretario General de la misma para exponer la situación institucional de Venezuela.

Y lo primero, lo de “suspender” los efectos de una declaración política, no fue más que una necesidad de imposible ejecución, o al menos una galimatías, pues es bien difícil comprender cómo se puede “suspender” una expresión de opinión o “de pensamiento” formulada por un órgano político como la Asamblea Nacional mediante Acuerdo. Una vez que se expresa la opinión, expresada quedó, y no puede nadie “suspender” dicha expresión. La única forma de “suspenderla” podría ser revocando el Acuerdo, y nadie puede obligar a la Asamblea la cual opinó, a que se retracte. Solo en una dictadura ello podría lograrse a la fuerza y persecución; y eso fue precisamente lo que pretendió en este caso, con amenazas, el órgano que orquesta la conducción de la dictadura judicial en el país, incurriendo con su sentencia además en una violación de la libertad de expresión que garantiza la Constitución (art. 57).

62. LA RATIFICACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE SU DECISIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA POTESTAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA REVISAR Y REVOCAR SUS PROPIOS ACTOS

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 304-311.

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia No. 614 de 19 de julio de 2016, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ratificó sus sentencias N° 9 de marzo de 2016 y 225 de 29 de marzo de 2016, mediante las cuales desconociendo la potestad de la Asamblea Nacional de revisar y revocar sus propios actos.*

Palabras clave: *Asamblea Nacional. Poderes; Actos parlamentarios. Revocación.*

Abstract: *These comments are referred to the decision No. 614 of July 19, 2016, of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, ratifying previous decisions N° 9 of March 1st 2016 and No. 225 of March 29, 2016, through which it ignored the powers of the National Assembly to review and repeal its own previous decisions.*

Key words: *National Assembly. Powers; Parliamentary acts. Repeal.*

A pesar de lo expresado en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de N° 9 de 1 de marzo de 2016, y de su ratificación mediante sentencia N° 225 de 29 de marzo de 2016,¹ la Asamblea Nacional ejerciendo autónomamente sus competencias constitucionales como titular de la representación popular, procedió a designar una nueva Comisión Especial para resolver el mismo tema de la inconstitucional designación de los Magistrados del Tribunal Supremo el día 23 de diciembre de 2015 por la anterior Asamblea, procediendo el 19 de julio de 2016 a aprobar el Informe de la nueva Comisión, habiendo con ello declarado dejar sin efectos aquellos actos de nombramientos.

Dicho acto parlamentario fue impugnado por un grupo de diputados del gobierno, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ignorando el mandato constitucional de que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257), procedió a dictar una sentencia de nulidad del acto parlamentario impugnado *sin proceso*, es decir, sin siquiera molestarse en citar y oír a la autoridad autora del acto impugnado para conocer sus alegatos, violando así la garantía constitucional del debido proceso que exige garantizar el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (art. 49.1). Algo realmente nunca visto en la historia de la justicia, y en particular, de la Justicia Constitucional en el mundo.

Eso, en efecto, fue lo que ocurrió con la sentencia de dicha Sala N° 614 el 19 de julio de 2016,² mediante la cual la misma “asumió la causa” resultado de la mencionada solicitud de nulidad, y sin llegar siquiera a “admitir” la demanda, *in limine* anuló el acto parlamentario impugnado que había dictado la Asamblea Nacional solo cinco días antes, como se dijo, el 14 de julio de 2016, mediante el cual se aprobó el Informe que había presentado la “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del

¹ Véase los comentarios en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146 (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153>. HTML. Véase el comentario sobre la sentencia de Hernández, José Ignacio. “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?,- en Prodavinci, 2 de julio de 2016, en <http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-hernandez/r>

Tribunal Supremo de Justicia,” recomendando dejar sin efectos el proceso de selección para el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y el acto de su juramentación desarrollados el 23 de diciembre de 2015.

Como el objeto de la solicitud de nulidad era un acto de la Asamblea Nacional, cuya “abolición” había sido decretada por la Sala Constitucional en sus múltiples sentencias dictadas después de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015 y durante el primer semestre de 2016, como resulta de los estudios insertos en este libro, ese “trámite” procesal obligatorio de tener que “admitir” la demanda para poder entrar a conocer de la causa, y tener que citar a los representantes de la entidad demandada para que puedan alegar sus argumentos en defensa del acto impugnado, por lo visto, para la Sala Constitucional en Venezuela no fue más que una “nimiedad” sin importancia.

Por ello, como lo dice la sentencia, la Sala sin más y sin trámite alguno “asumió” la causa y pasó a decidir, sin que los Magistrados cuyo nombramiento había sido dejado sin efecto por el Parlamento siquiera se hubiesen molestado en inhibirse de conocer del asunto. Simplemente no firmaron la decisión porque no asistieron a la audiencia supuestamente “por motivos justificados.”³

En cuanto a la información sobre la sentencia *express*, en la página web del Tribunal Supremo, en la información de decisiones del 19 de julio de 2016,⁴ apareció la referencia a la sentencia, donde a pesar de que el número de la misma (614) y su contenido se identifican correctamente, como una decisión que “declara nulo el acto parlamentario” impugnado, sin embargo no sucedió lo mismo con la información sobre el “procedimiento” en el cual se dictó, pues se hizo referencia, no a una “demanda de nulidad” sino a un “procedimiento de interpretación” que nunca existió, y las “partes” que se identificaron fueron otras distintas a los diputados Héctor Rodríguez, Pedro Carreño, Gilberto Pinto, Francisco Torrealba y Ricardo Molina que fueron los impugnantes, identificándose las partes como “Gabriela Flores Ynserny, Daniel Augusto Flores Ynserny, Andrea Carolina Flores Ynserny.”

En esta forma, con esta sentencia N° 614 de 19 de julio de 2016,⁵ y la errada información oficial sobre la misma, dictada sin juicio o proceso alguno en una forma expedita como nunca antes se había visto en los anales de la “justicia constitucional” en Venezuela, en solo cuatro días, el Juez Constitucional declaró nulo el acto parlamentario dictado el 14 de julio de 2016 por la Asamblea Nacional, que fue impugnado el 15 de enero de 2016, mediante el cual, como se dijo, se aprobó el Informe presentado por la “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia.”

Al aprobar dicho Informe de la Comisión Especial, la Asamblea decidió declarar “dejar sin efectos” los actos de procedimiento de lo que consideró un “irrito proceso” de selección y designación de los magistrados realizados en diciembre de 2015, así como del acto de designación y juramentación de los mismos, decidiendo en consecuencia proceder a la elección de los mismos conforme a la Constitución.⁶

Como se indicó, una Comisión parlamentaria había sido anulada por la Sala en su sentencia N° 9 de 1° de marzo de 2016,⁷ y ello fue lo que motivó al grupo de diputados representantes del Gobierno a solicitar la nulidad de la decisión adoptada por la nueva Comisión designada con el mismo propósito de la anterior, alegando que la misma constituía un desacato a dicha sentencia, y violaba la Constitución. Este fue el único alegato que tuvo ante sí la Sala Constitucional para decidir, por lo visto considerando “innecesario” oír los

³ En la sentencia aparecen al final los nombres de todos los integrantes de la Sala,: Gladys M. Gutiérrez Alvarado (Ponente), Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, y Lourdes Benicia Suárez Anderson, con la inclusión al final de una nota que dice: - No firman la presente sentencia los magistrados *Doctores* Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, quienes no asistieron por motivos justificados.-

⁴ Véase en <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1> (Última consulta el 24 de julio de 2016).

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153.HTML>

⁶ Véase por ejemplo lo expuesto en -10 magistrados nombrados en diciembre no cumplen requisitos,- en Acceso a la Justicia. El observatorio venezolano de la justicia, Caracas 22 de julio de 2016, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/10-magistrados-nombrados-en-diciembre-no-cumplen-requisitos/>

⁷ Véase los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, disponible en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf)

alegatos de la Asamblea Nacional en violación a la garantía del debido proceso (art. 49.1), que con esta decisión formalmente dejó de ser una garantía constitucional, o quedó reducida a ser una mera formalidad según lo decida circunstancialmente la Sala.

La sentencia sin proceso, en todo caso, se dictó por la Sala Constitucional actuando como juez en su propia causa, después de transcribir la sentencia precedente antes mencionada N° 9 de 1 de marzo de 2016, en la cual había decidido que la Asamblea Nacional no podía revisar sus actos parlamentarios sin forma de ley como era el caso del acto de la elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, declarando que incluso que:

“la creación de una comisión o cualquier otro artificio para tal efecto, sería evidentemente inconstitucional, por atentar contra la autonomía del Poder Judicial y la supremacía constitucional, constituyendo un fraude hacia el orden fundamental que, siguiendo las más elementales pautas morales, no subordina la composición del Máximo Tribunal de la República al cambio en la correlación de las fuerzas político-partidistas a lo interno del Legislativo Nacional.”

En dicha sentencia N° 9 la Sala incluso decidió, como se ha señalada, que la Asamblea Nacional no estaba “legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados” del Tribunal Supremo de Justicia. La Sala incluso, en la misma sentencia en una forma totalmente desusada, llegó a declarar “la nulidad de los actos futuros que se sustentasen en esa Comisión y en los actos y fines que la fundamentan, así como en los documentos emanados de la misma.” Es decir, una sentencia que declaró la nulidad sobre actos que no existían y que pudieran llegar a dictarse con posterioridad.

Acatando sin embargo dicha decisión, en virtud de que lo que la misma había “anulado” era una específica Comisión y sus actos futuros, la Asamblea procedió a designar otra Comisión distinta que fue la que produjo el Informe que fue aprobado el 14 de julio de 2016, en el cual se constató, entre otros aspectos, que en el procedimiento de designación de Magistrados del Tribunal Supremo ocurrido en diciembre de 2015, durante unas sesiones extraordinarias, la Asamblea de entonces (i) había incumplido las normas constitucionales para la conformación y funcionamiento del Comité de Postulaciones Judiciales” (arts. 264 y 270); y (ii) había violado las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 70, 71, 73 y 74) y del Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), regulatorios del procedimiento para convocar, recibir, evaluar, seleccionar y postular candidatos elegibles para los cargos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, la Asamblea consideró que el Poder Ciudadano también había incumplido sus obligaciones constitucionales de verificación del cumplimiento por parte del Comité de Postulaciones Judiciales de las disposiciones antes mencionadas, en lo que respecta al proceso de convocatoria y selección inicial de postulados previos a la elaboración de la lista definitiva de los candidatos, habiendo examinado el listado de postulados sin que se hubiese efectuado un proceso de selección con base en dichas normas. Y, por último, la Asamblea estimó que la Junta Directiva saliente de la Asamblea Nacional también había incumplido “las normas inherentes al proceso de juramentación de los candidatos,” que habían sido “seleccionados en un “proceso completamente inconstitucional e ilegal.”

Teniendo a su vista como “motivación” única y exclusiva la solicitud de nulidad que se había presentado, el texto del acto impugnado y la sentencia previa N° 9 de 1 de marzo de 2016, la Sala sin siquiera iniciar el proceso procedió a dictar sentencia basándose sólo en que en la mencionada sentencia N° 9 ya había declarado que “la Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados” del Tribunal Supremo de Justicia, agregando que:

“además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes, ello sería tanto como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de –supuestas– faltas –graves– no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución (ver art. 265 Constitucional)”, por lo que afirmó que “constituye un imperativo de esta Sala declarar, como en efecto lo hace a través de esta sentencia, la nulidad absoluta e irrevocable de los actos mediante los cuales la Asamblea Nacional pretende impulsar la revisión de procesos constitucionalmente precluidos de selección de magistrados y magistradas y, por ende, de las actuaciones mediante las cuales creó la comisión especial designada para evaluar tales nombramientos, así como de todas las actuaciones derivadas de ellas, las cuales son, jurídica y constitucionalmente, inexistentes.”

Reconoció, sin embargo, la Sala, porque supuestamente era “público, notorio y comunicacional,” que la Asamblea Nacional con posterioridad había creado una nueva Comisión denominada “*Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*,” a la cual, a juicio de la Sala, le asignó básicamente el mismo objeto atribuido a la anulada “*Comisión Especial para el estudio y análisis del proceso de selección de magistrados principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia*,” la cual emitió su Informe, también a juicio de la Sala, con “argumentos y recomendaciones similares al primero pero definiendo algunas acciones diferentes, pues en este caso sugirieron no revocar los actos aprobados por la mayoría de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional que culminó funciones el pasado 4 de enero de 2016, sino que recomendó “dejar sin efecto” dichas actuaciones.”

La Sala, en su sentencia, no dio importancia alguna a esta circunstancia, e insistió en que una vez designados los magistrados, incluso en las sesiones extraordinarias de diciembre de 2015 que la propia Sala avaló en su sentencia N° 1.758 del 22 de diciembre de 2015,⁸ los Magistrados designados entre los cuales estaban miembros de la propia Sala que decidía, sólo podían ser “removidos” por las causales establecidas en la Constitución y la Ley, cuando la Asamblea a nadie había “removido”, declarando:

“que es nula de toda nulidad la “*Comisión especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, así como el acto de su creación, acciones desplegadas por la misma e informes y demás instrumentos por ella producidos, los cuales carecen de validez, existencia y eficacia jurídica.

Asimismo, debe señalarse que es nulo el acto parlamentario por medio del cual la mayoría de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional aprobaron el informe presentado por la “*Comisión Especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, en la sesión ordinaria de fecha 14 de julio de 2016.

También debe declarar esta Sala que cualquier comisión u otro artificio o acción que tenga el objeto de anular la designación de magistrados y magistradas, subvirtiendo el procedimiento constitucional para la remoción de magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia y, en fin, contraviniendo el ordenamiento jurídico, sería írrito y nulo de toda nulidad, por ende, carente de validez, existencia y eficacia jurídica, y quienes participen en ellos están sujetos a la responsabilidad penal, civil y administrativa que corresponda.”

La Asamblea Nacional en su decisión, por supuesto, no había “removido” a magistrado alguno, lo que solo puede ocurrir en la forma y conforme a las causales establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica, sino lo que hizo fue dejar sin efecto unos nombramientos írritos por haber sido hechos en violación a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, no siendo ello “artificio” alguno para subvertir el procedimiento de remoción. La “remoción” de Magistrados es una cosa, y el ejercicio por la Asamblea de su poder de auto-tutela de sus actos írritos es una potestad constitucional de la Asamblea, que no le puede ser coartada como lo hizo la Sala Constitucional en estas sentencias N° 9 de 1 de marzo de 2016 y N° 614 de 19 de julio de 2016.

Pero aparte de estas declaratorias, adicionalmente, en la sentencia N° 614 de 19 de julio de 2016, la Sala Constitucional declaró la nulidad del acto parlamentario de aprobación del Informe de la Comisión Especial del día 14 de julio de 2016, por contener otros vicios de nulidad por inconstitucionalidad, porque la Asamblea, que es la única que puede regular su régimen interior y de debates, sin embargo, a juicio de la Sala, habría inobservado a través de su Junta Directiva “de manera flagrante” lo señalado por la Sala en la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016,⁹ en la cual la Sala se había convertido inconstitucionalmente en órgano regulador del régimen interior y de debates de la Asamblea, pasando a establecerlo a su arbitrio.

⁸ Véanse los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. - El irresponsable intento de -golpe judicial- electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional -designación- de los Magistrados de la Sala Electoral efectuada por la Asamblea Moribunda, - 4 de enero de 2016, disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACI%C3%93N%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf>

⁹ Véase los comentarios a esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R. -El fin del Poder Legislativo. La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo,- 3 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>

La Sala, en efecto, consideró que la Junta Directiva, la Secretaría y los diputados de la Asamblea Nacional, al aprobar el Informe de la Comisión Especial “desacataron la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, emanada de esta Sala, y quebrantaron el orden constitucional;” sentencia en la cual, al decir de la propia Sala por supuesto inconstitucionalmente, “amplió además el procedimiento jurídico para las convocatorias de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, extendiendo el lapso de convocatoria establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional,” para lo cual, por supuesto la Sala no tenía competencia alguna.

Consideró así, la Sala, que como en el curso del procedimiento parlamentario se habían emitido “dos agendas del orden del día” para la sesión del 14 de julio de 2016, incorporándose en la segunda “de forma extemporánea” la presentación del Informe de la Comisión Especial,” lo que a juicio de la Sala, “demuestra de forma incontrovertible la flagrante violación” por parte de la Junta Directiva y de la Secretaría de la sentencia de la Sala N° 269, con ello consideró que los diputados que aprobaron el Informe, habían cometido “semejante afrenta al orden constitucional y a la sentencia de esta Sala N° 269.”

De ello, concluyó la Sala, que era su deber:

“*anular* la convocatoria y la sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del 14 de julio de 2016, junto a los actos producidos en ella, y *ordenar* a la Junta Directiva, al resto de diputados incurso en las irregularidades señaladas en esta sentencia y, en fin, a esa institución en general, que respete cabalmente el orden dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya vigencia y eficacia, ante estos actos que constituyen en definitiva evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales, será protegida de manera irrestricta por este Máximo Tribunal de la República, en tutela del Pueblo venezolano y de los intereses de la Nación. Así se decide.”

No contenta con lo anterior, la Sala Constitucional continuó indicando, amenazando a los diputados con poner la justicia penal al servicio del Gobierno para perseguirlos, a pesar de que gozan del privilegio de la inmunidad parlamentaria,¹⁰ que: “en razón de la *posible comisión de delitos* contra los Poderes Nacionales y contra la Administración de Justicia, entre otros bienes jurídicos tutelados y otras formas de responsabilidad jurídica, se ordena remitir copia certificada de esta sentencia al Ministerio Público, a los fines jurídicos consiguientes. Así se decide.”

Y concluyó así la sentencia, con una decisión en la cual luego de expresar que la Sala “*es competente* para conocer y decidir la presente solicitud de nulidad del acto parlamentario sin forma de ley emanado de la Asamblea Nacional,” que fue impugnado por un grupo de diputados, sin siquiera “admitir” la solicitud y antes de iniciar juicio alguno, declaró: “que es nula de toda nulidad” la “*Comisión Especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, así como el acto de su creación, acciones desplegadas por la misma e informes y demás instrumentos por ella producidos, los cuales carecen de validez, existencia y eficacia jurídica.”

Como consecuencia de ello, la sentencia repitió, hasta la saciedad, como si ello contribuiría a que la misma pudiera tener credibilidad, que lo decidido por el Parlamento era “nulo,” de “nulidad absoluta,” y que todos los actos que originaron el acto impugnado eran “irritos y nulos de toda nulidad y carentes de validez, existencia y eficacia jurídica;” para al final declarar que el acto parlamentario del 23 de diciembre de 2015, en el cual fueron designados y juramentados 34 magistrados del Tribunal Supremo de Justicia: “conserva su total validez y, en consecuencia, permanecerán en sus cargos en el tribunal supremo de justicia para el periodo constitucional correspondiente.”

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, actuando como juez en su propia causa, resolvió que los magistrados que la integraban, aun cuando no firmaron la sentencia solo por supuestas “razones justificadas,” permanecerían en sus cargos siendo inamovibles por algo más de dos lustros hacia el futuro; ordenando a los diputados de la Asamblea Nacional, “ante estos actos que constituyen evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales,” a “acatar” lo decidido.

¹⁰ Véase los comentarios de Hernández, José Ignacio en -El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?,- en Prodavinci, 2 de julio de 2016, en <http://prodavinci-ci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-herandez/>

Así es como se imparte justicia en Venezuela, de forma extraordinariamente expedita, con una sentencia dictada en solo cuatro días después de presentada una solicitud, por un Juez juzgando en su propia causa, sin seguir proceso judicial alguno, y violando descaradamente la garantía del debido proceso. Pero como la Sala no tiene quien la controle, no pasa nada. *¿Quis custodiet ipsos custodes?*¹¹

¹¹ La frase es del poeta romano Juvenal (Siglo I y II), en sus *Sátiras* (Sátira VI 346–348), traducida como ¿Quién vigilará a los vigilantes?, ¿Quién guardará a los guardianes?, ¿Quién vigilará a los propios vigilantes? Véase la referencia en https://es.wikipedia.org/wiki/Quis_custodiet_ipsos_custodes%3F#Origen. Véase sobre el tema en relación con la Sala Constitucional, Brewer-Carías, Allan R. -*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,- en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

63. LA PARALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA SUSPENSIÓN DE SUS SESIONES Y LA AMENAZA DE ENJUICIAR A LOS DIPUTADOS POR “DESACATO”

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 322-325.

Resumen: *Comentario sobre la sentencia N° 797 de 19 de agosto de 2106 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la cual se amenazó de enjuiciar a los diputados a la Asamblea Nacional que sesionaron desconociendo la “reforma” del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea efectuada por dicha Sala Constitucional sin tener competencia para ello.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Reglamento Interior; Actos parlamentarios sin forma de ley.*

Abstract: *This comment is referred to the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice Decision N° 797 of July 19, 2106, through which it threatened to persecute the representatives to the National Assembly that delivered ignoring the “reform” of the internal regulations of the Assembly without having attributions.*

Key words: *National Assembly. Internal regulations. Parliamentary acts.*

Los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, apenas se publicó la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016 mediante la cual la Sala Constitucional “reformó” inconstitucionalmente el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, como correspondía, rechazaron el contenido de la sentencia, expresando que la misma no se acataría,¹ de manera que efectivamente, la Asamblea Nacional realizó sus sesiones sin acatar una inconstitucional regulación de su régimen interior y de debates, que sólo la Asamblea puede regular:

“Ello motivó que un grupo de diputados oficialistas acudieran ante la Sala Constitucional el 9 de mayo de 2016 demandando “la nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra las sesiones de la Asamblea Nacional celebradas los días 26 y 28 de abril de 2016,” a lo cual se sumó otra solicitud de 19 de mayo de 2016, de otro diputado, formulada como “alcance” a la demanda anterior, en relación con “las sesiones de los días: 03, 05, 10, 12 y 17 de Mayo de este año 2016,” por haberse realizado sin seguirse la inconstitucional “reforma” del Reglamento Interior y de Debates aprobadas por la Sala Constitucional.”

¹ Así lo expresó el Presidente de la Asamblea como lo indicó la prensa el 28 de abril de 2016: -El presidente de la Asamblea Nacional, Henry Ramos Allup, aseguró este jueves 28 de abril que no acatarán la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) sobre el Reglamento de Interior y de Debate del Parlamento luego de una petición hecha en 2011 por representantes de la oposición cuando el oficialismo era mayoría en el Parlamento. / Parte de lo establecido en la sentencia indica que las sesiones y el orden del día deberán ser dadas a conocer 48 horas antes como mínimo. La decisión ha sido cuestionada por el actual parlamento por considerarla a destiempo y de carácter política. / El Reglamento de interior y de debate fue modificado por la decisión inconstitucional de la Sala Constitucional por inconstitucional reavivando un recurso que tenía cinco años en la nevera constitucional y nunca modificaron ese reglamento para no afectar el ejercicio de la Asamblea Nacional que ustedes controlaban, pero en síntesis y en definitiva esta Asamblea Nacional va a aplicar estrictamente la Constitución, no vamos a acatar ninguna decisión de la Sala Constitucional que sea contraria a la Constitución o que viole la norma elemental’ (...).- Véase en <http://www.unbombazo.com/2016/04/28/cinicos-del-ts-j-ramos-allup-no-acataremos-recurso-5-anos/>. Véase igualmente la reseña: -Rechazan nueva sentencia del TSJ que suspende artículos del Reglamento de la Asamblea,- en <https://www.lapatilla.com/site/2016/04/23/rechazan-nueva-sentencia-del-ts-j-que-suspende-articulos-del-reglamento-de-la-asamblea/>

La solicitud de medida de amparo cautelar que se formuló junto con la demanda de nulidad, sin que siquiera los recurrentes hubieran indicado cuál derecho fundamental habría sido violado, cual podría haber sido su titular, ni quien supuestamente lo habría vulnerado, fue sin más decidida por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 797 de 19 de agosto de 2106,² sin indicar en protección de cuál derecho constitucional se dictó ni contra cual supuesto agravante, la cual se decidió lo que sigue:

“Suspende los efectos de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, junto a los actos producidos en ellas; así como también, ordena de manera cautelar a la Asamblea Nacional, a través de su Presidente, en atención a lo dispuesto en el artículo 26, 49, y 257 constitucional, que remita la documentación –en el lapso de cinco días continuos siguientes a su notificación– donde evidencie el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el fallo N° 269 del 21 de abril de 2016, en lo relativo a la convocatoria de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016 y el orden del día fijado para cada una de ellas, con la advertencia de que dicho mandamiento debe ser acatado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.”

Recuérdese que el artículo 31 de dicha Ley Orgánica de Amparo establece el delito de desacato de las sentencias de amparo al disponer que “quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.”

Ahora bien, para adoptar esta decisión de tanta trascendencia como fue el inicio del procedimiento para proceder a sancionar a la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional por desacato, y consecuentemente aplicando la doctrina que ya sentó en 2014 contra los Alcaldes de los Municipios San Diego y San Cristóbal de los Estados Carabobo y Táchira, respectivamente, quizás proceder a revocar inconstitucionalmente el mandato de los diputados y decretar su encarcelamiento, la Sala explicó que los impugnantes habían alegado que en dichas sesiones de la Asamblea se habrían “aprobado inconstitucionalmente” diversos requerimientos de comparecencia de Ministros, votos de censura a Ministros, discusiones de proyectos de Ley y otros Acuerdos parlamentarios, habiendo sido convocadas las sesiones “24 horas antes y no 48 horas antes, tal como lo señaló esta Sala Constitucional en sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, al interpretar el artículo 57 del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional;” y además, “con cambios efectuados en la agenda” después de la convocatoria, todo ello en supuesto “franco desacato” a dicha sentencia N° 269, a cuyo efecto citaron lo expresado en su momento por el Presidente de la Asamblea.³

Los impugnantes, en particular, denunciaron ante la Sala desacato a la sentencia N° 269:

“en la convocatoria realizada al Ministro [Ministro del Poder Popular para la Alimentación] cuya moción de censura se aprobó de manera irregular y debía ser declarado nulo por cuanto incumplió la referida sentencia N° 269, ya que el Ministro es un General activo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, cuya convocatoria debió ser por conducto del Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”

Todo lo anterior se explicó por los demandantes, para solicitar a la Sala Constitucional que “evaluara iniciar el procedimiento que por desacato se estableció en las sentencias de los ex alcaldes Enzo Escarano y Daniel Ceballos,” que resultaron despojados de su mandato popular por la Sala, habiendo sido detenidos y condenados a prisión, argumentando que:

“la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y su mayoría relativa estarían atentando contra lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que señala: “Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.”

Para decidir la solicitud de amparo cautelar, la Sala Constitucional comenzó por “recordar” que en la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, ella misma, de oficio, primero, había extendido “el lapso de convocatoria establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, de 24 horas a 48 horas,” y segundo, que al ser “incluido en el sistema automatizado el orden del día a ser debatido en la sesión de la Asamblea, éste debe mantenerse y no admitirá modificaciones de última hora.”

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190390-797-19816-2016-16-0449.HTML>

³ Véase en <http://www.panorama.com.ve/politicaeconomia/Ramos-Allup-sobre-sentencia-del-TSJ-No-acataremos-un-recurso-de-hace-5-anos-que-sacaron-de-la-nevera--20160428-0038.html>

Con base en ello, para dictar la sentencia y evaluar el supuesto desacato denunciado, la Sala estimó como “prueba” suficiente para dictarla, la supuesta existencia de un “hecho notorio comunicacional” que tanto ha usado para dictar sentencia sin pruebas, afirmando sin embargo en este caso, falsamente, que supuestamente era:

“público, notorio y comunicacional, según se evidencia de la página web de la Asamblea Nacional, que la Junta Directiva de la Asamblea Nacional ha tildado las medidas cautelares decretadas por esta Sala en la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, como “absolutamente nulas”, en comunicado del 5 de julio de 2016, que aparece en el siguiente enlace web (http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc1cce92be2c893e0f0f266ac32_f05e89d7ad28579.pdf),” donde se lee, lo siguiente:

“La sentencia señalada de la Sala Constitucional infringe gravemente el orden constitucional y democrático y cercena el derecho a la defensa en juicio de la Asamblea Nacional, y lo hace en una decisión en la cual también amenaza con sancionar al Presidente de la Asamblea Nacional ante el supuesto incumplimiento de unas medidas cautelares absolutamente nulas, entre otras razones por haber sido ratificadas sin permitir a la Asamblea Nacional el ejercicio del derecho a la defensa frente a ellas por medio de una representación judicial propia (...).”

Lo anterior era completamente falso porque en el mencionado y citado “Comunicado” de la Junta Directiva simplemente no hizo referencia y ni siquiera citó la sentencia N° 269 de 21 de abril de 2016, pues el mismo se emitió solo en relación con otra sentencia, la N° 473 de 14 de junio de 2016.

Sin embargo, la Sala Constitucional basándose en esa “prueba” falsa y en otras declaraciones de prensa que citó, con base en las denuncias formuladas sobre supuesto “quebrantamiento del orden constitucional que debe privar en las instituciones democráticas” de la República, pasó a ejercer su potestad cautelar:

“atendiendo a la presunta violación de lo dispuesto en la sentencia de esta Sala Constitucional N° 269, antes mencionada, por parte de la Junta Directiva y de la Secretaría de la Asamblea Nacional, así como también por parte de los diputados que conforman la mayoría parlamentaria, quienes respaldaron a través de sus votos las decisiones tomadas en las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, acuerda amparo cautelar solicitado por los actores, y, en consecuencia, se suspenden los efectos de las sesiones celebradas los días 26 y 28 de abril, y 03, 05, 10, 12 y 17 de mayo de 2016, junto a los actos producidos en ellas; así como también, ordena de manera cautelar a la Asamblea Nacional, a través de su Presidente, en atención a lo dispuesto en el artículo 26, 49, y 257 constitucional, que remita la documentación donde evidencie el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas en el fallo N° 269 del 21 de abril de 2016, en lo relativo a la convocatoria de las sesiones antes señaladas y el orden del día fijado para cada una de ellas, con la advertencia de que dicho mandamiento debe ser acatado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.”

En esta forma quedó formalmente abierta la puerta por la propia Sala Constitucional, para efectivamente comenzar a “aplicar” la doctrina sentada en los casos de los Alcaldes Enzo Scarano y Daniel Ceballos de los Municipios San Diego del Estado Carabobo y San Cristóbal del Estado Táchira, quienes por “desacato” a una medida cautelar de amparo de la Sala, ella misma, mediante sentencias N° 245 el día 9 de abril de 2014,⁴ y N° 263 el 11 de abril de 2014,⁵ los despojó de sus cargos electivos, revocándoseles inconstitucionalmente su mandato popular que solo el pueblo puede hacer mediante un referendo revocatorio, habiendo la propia Sala dispuesto el encarcelamiento de los mismos usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal.⁶

⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML>. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014.

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML>.

⁶ Véase los comentarios a esas sentencias en Brewer-Carías, Allan R. *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 115-170.

64. LA CREMACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL Y LA USURPACIÓN DE SUS FUNCIONES PRESUPUESTARIAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 334-349.

Resumen: *Este comentario se refiere a la sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, de la Sala Constitucional, mediante la cual la misma asumió directamente las competencias del Parlamento en materia presupuestaria, sustituyendo la Ley de Presupuesto por un decreto ejecutivo aprobado por la Sala sin intervención parlamentaria.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Competencias en materia de Presupuesto. Ley de Presupuesto.*

Abstract: *These comments refer to the decision N° 814 of October 11, 2016, through which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, directly assumed the powers of the National Assembly on Budget matters, substituting the Budget Law by an Executive Decree approve by the Chamber.*

Key words: *National Assembly. Budget attributions; Budget Law.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016,¹ dictada con motivo de supuestamente “ampliar” lo resuelto en una sentencia anterior, le ha puesto fin definitivo a lo que podía haber quedado de la Asamblea Nacional en Venezuela, luego de todo el proceso de consolidación de la dictadura judicial mediante sentencias dictadas durante los meses anteriores de 2016, que le fueron cercenando todas sus funciones, habiendo ahora simplemente asumido, directamente, las competencias de la Asamblea, esta vez en materia presupuestaria, en una evidente usurpación de autoridad, que hace a la supuesta Ley de Presupuesto para 2017 simplemente nulo e ineficaz conforme al artículo 135 de la Constitución.

I. LA “AMPLIACIÓN” DE SENTENCIAS COMO NUEVA FORMA INCONSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DICTAR SENTENCIAS, SIN PROCESO Y EN VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,² 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 fue “suspendida” por la Sala Electoral mediante sentencia cautelar N° 260 de 30 de diciembre de 2015;³ declaró a los diputados de 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.*”

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831>. HTML

³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146>. HTML

Unas semanas después, mediante sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016,⁴ la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016⁵, por el cual el Presidente de la República *declaró* el estado de excepción por emergencia económica, y luego de declararse sobre la “constitucionalidad” de dicho Decreto por supuestamente haber sido dictado “en cumplimiento de los parámetros que prevé el Texto Constitucional, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás instrumentos jurídicos aplicables, preservando los Derechos Humanos y en protección del Texto Fundamental, el Estado, sus Instituciones y el Pueblo;” procedió 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” respecto de la indicada sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Es decir, la Sala Constitucional, paralizó totalmente la voluntad popular que representa la Asamblea Nacional, declarando de antemano y hacia futuro que todas las decisiones que pudiera adoptar fueran leyes o acuerdos de cualquier naturaleza, incluso los actos parlamentarios sin forma de ley, como podrían ser su *interna corporis*, serían “*manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

En el contexto de esa situación creada 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 para su discusión y sanción antes de 15 de octubre de 2016 (arts. 187.5; y 313 Constitución), pues sin ello no podría hacerse gasto alguno (art. 314), se negó a hacer dicha presentación a la Asamblea Nacional. A raíz de ello, el Presidente, primero, amenazó públicamente que haría aprobar la Ley de Presupuesto, al margen de la Constitución, por alguna fantasmagórica asamblea popular,⁶ y segundo, ante lo descabellado del planteamiento, decidió acudir ante la Sala Constitucional, como si fuese su órgano de asesoría jurídica, para que le resolviera la situación constitucional que la propia Sala había creado; de lo que resultó que fuera la misma Sala Constitucional la que decidió usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, auto atribuyéndose la función de aprobar el Presupuesto así ello hubiese sido solo “para esa oportunidad.”

Como lo observó Laura Louza de *Acceso a la Justicia*:

“cuando la Sala Constitucional se nombra a sí misma como la autoridad “competente” para ejercer el control del proceso presupuestario, en sustitución de la AN, viola de manera clara los artículos 136 y 137 de la Constitución que consagran, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del poder público tienen sus propias funciones; y por la otra, que solo la Constitución y la ley definen las atribuciones del poder público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.”⁷

Bajo esas inconstitucionales premisas, fue que mediante escrito de 3 de octubre de 2016, el Presidente de la República le solicitó a la Sala “de conformidad con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” que procediera a decidir sobre la “*ampliación* de la decisión N° 810, dictada por esta Sala el 29 de septiembre de 2016,” la cual, como se ha dicho, había declarado la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, 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 realmente un asunto excepcionalísimo, que sólo es posible aplicar en precisos casos, como excepción al principio que establece el Código de Procedimiento Civil (art. 252), de que “después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, *no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.*”

⁴ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897>. HTML

⁵ Véase en *Gaceta Oficial No. 6.256 Extra.* de 13 de septiembre de 2016.

⁶ Véase lo declarado por el Vice Presidente Ejecutivo, Aristóbulo Istúriz, desde el 5 de octubre de 2016: -Istúriz dijo que el Presupuesto de 2017 será aprobado en Asamblea Popular’, en *El Norte. El periódico completo*, 5 de octubre de 2016, en <http://www.elnorte.com.ve/isturiz-dijo-que-presupuesto-2017-sera-aprobado-en-asamblea-popular/>

⁷ Véase, Louza, Laura. -El TSJ usurpa a la AN el control del presupuesto,- en *Acceso a la Justicia. El observatorio venezolano de la justicia*, Caracas 18 de octubre de 2016, en <http://www.acceso-a-la-justicia.org/wp/infojusticia/noticias/el-tsj-usurpa-a-la-an-el-control-del-presupuesto/>

Ese principio, que es uno de los pilares del sistema judicial, sin embargo, tiene una excepción y es que el Tribunal puede, a solicitud de parte, como lo dice el mismo artículo:

“aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente.”

Independientemente de los lapsos procesales establecidos, que por lo perentorio pueden considerarse como no razonables,⁸ lo importante de la norma es que regula dos supuestos distintos que permiten al juez intervenir en su propia sentencia, una vez dictada, que son la aclaratoria y la ampliación.

Sobre ésta última, la ampliación, concepto que no se desarrolla en la norma, la doctrina jurisprudencial tradicional en Venezuela la ha considerado siempre como 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.”⁹

Por tanto, la ampliación no significa que se puedan realizar modificaciones de lo establecido en el fallo, sino que son “adiciones o agregados que dejan incólumes los dispositivos ya consignados,” pues “su causa motiva obedece a un *lapsus* o falta en el orden intelectual, en el deber de cargo del magistrado, y su causa final es la de inteligenciar un razonamiento o completar una exigencia legal.”¹⁰ En otras palabras, la “ampliación tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, *añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de un error involuntario del tribunal*,” y en ningún caso “significa que pueda versar sobre asuntos no planteados en la demanda, o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.”¹¹

⁸ La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 48 del 15 de marzo de-2000, recurriendo a la idea del plazo razonable, consideró necesario -aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales sobre el debido proceso relativas al razonamiento de los lapsos con relación a la norma del artículo 252 Código de Procedimiento Civil y, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, dispone en forma conducente, con efectos *ex nunc*, que el lapso para oír la solicitud de aclaratoria formulada es igual al lapso de apelación del artículo 298 CPC.- Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/48-150300-99638.HTM> Véase igualmente, sentencia N° 124 de la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 2001, (Caso: *Olimpia Tours and Travel, C.A.*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febre-ro/00124-130201-11529.htm>. Dicha decisión se cita, también en la sentencia N° 209 de la Sala de Casación Social del 25 de febrero de 2016, (Caso: *Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/185475-00209-25216-2016-2013-1575.HTML>.

⁹ Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, p. 267. Así lo expone R. Henríquez La Roche, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992, en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386.

¹⁰ Véase sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Extensión Territorial Puerto Ordaz, de 22 de noviembre de 2010... <http://boli-var.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/NOVIEMBRE/1928-22-FP11-R-2010-000342-.HTML>. Como también lo ha expresado R. Marcano Rodríguez, que *-La ampliación no supone, como la aclaración, que el fallo sea oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien insuficiente o incompletamente determinativo de las soluciones dadas al problema jurídico planteado con la acción y la excepción (...), la ampliación no es remedio de los vicios congénitos del fallo, sino que, por el contrario, presupone la existencia de una decisión válida, que ha resuelto todos y cada uno de los puntos del litigio de acuerdo con el pro y el contra, pero que, en su dispositivo hay una insuficiencia de generalización, de determinación, de extensión en el modo de fijar el fin y el alcance de algunos o algunos de los puntos debatidos.-* Véase en *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1942, Tomo III, p. 75-76. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, caso: *VENEVISIÓN* en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02676-141101-0816.HTM>

¹¹ Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009, p. 267. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, (Caso: *VENEVISIÓN*) en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02811-271101-14950.HTM>. En el mismo sentido se pronunció la misma Sala Político Administrativa en sentencia N° 570 del 2 de junio de 2004 en la cual sostuvo, respecto de la ampliación, que *-dicha figura está prevista con miras a subsanar omisiones de la sentencia pronunciada, corrigiendo la falta de congruencia del fallo con la pretensión o con la defensa en algún punto específico, es decir, es necesario para su procedencia que la sentencia sea insuficiente en cuanto a la resolución del asunto a que se contraen las actuaciones.* Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00570-020604-2003-0971.HTM>.

La Sala Constitucional, sin embargo, desvirtuando el significado de la norma, al referirse a la misma afirmó que:

“la aclaratoria tiene por objeto lograr que sea expresada en mejor forma la sentencia, de manera que permita el conocimiento cabal de su contenido, evitando las dudas o los malos entendidos que la lectura de su texto pueda generar, a los fines de la apropiada comprensión integral de la decisión, mientras que la *ampliación persigue resolver un pedimento cuyo análisis se deriva del acto decisorio.*”

Esta afirmación es contraria a lo que es y ha sido siempre la institución de la ampliación de sentencias en Venezuela, la cual no *puede versar sobre asuntos que no fueron planteados inicialmente en la demanda que originó la sentencia*, y pueda pretenderse que se aplica, como erradamente lo indicó la Sala, a asuntos cuyo “análisis se deriva” de la sentencia, es decir, a asuntos que no fueron planteados al juez para decidir y que por tanto, nunca pudieron ser incluidos en la sentencia cuya aclaratoria se pide. Es decir, la ampliación solo puede referirse a aspectos que fueron originalmente pedidos en la demanda y que no fueron considerados en la sentencia cuya aclaratoria se pide.

Con esta sentencia de la Sala Constitucional, por tanto, la misma ha inventado una nueva forma inconstitucional de decidir, desvirtuando la institución de la ampliación de sentencias establecida en el Código de Procedimiento Civil, emitiendo decisiones sobre asuntos no planteados anteriormente en el juicio, proceso o procedimiento que originó la sentencia cuya “ampliación” se pide, pero 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.

II. EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL CUAL SE DICTÓ LA SENTENCIA CUYA “AMPLIACIÓN” SE SOLICITÓ Y LA AUSENCIA DE REFERENCIA SOBRE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTO

La sentencia cuya “ampliación” se solicitó, en efecto, fue la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 dictada por la Sala Constitucional, en la cual después de seguirse el procedimiento constitucional respectivo conforme a la competencia que le asigna el artículo 336.6 de la Constitución, simplemente declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016 de declaratoria de estado de excepción, de cuyo contenido nada resultaba necesario ampliar, porque nada se había omitido. La Sala, en efecto, en la sentencia decidió sobre lo único que podía decidir, que era sobre la constitucionalidad o no del Decreto.

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 2016,¹² 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 son las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto y sobre la propia noción de ley en la Constitución. A tal efecto dispuso, por lo que respecta a la Ley de Presupuesto correspondiente a 2017, que:

“el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional *ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional*, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, bajo la forma de *decreto que tendrá rango y fuerza de ley*, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional, *conforme a lo previsto en el Texto Fundamental*, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.

4. Que ese *decreto* de presupuesto nacional, *con rango y fuerza de ley*, tendrá vigencia para el ejercicio fiscal 2017, estará sujeto a las normas y principios que rigen la materia y al control constitucional de esta Sala, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como parte del sistema de garantías previstos en el Texto Fundamental, sin perjuicio de las atribuciones inherentes al Poder Ciudadano en esta materia.

6. Que en el presente caso *no procede la reconducción presupuestaria* y que, por ende, la *Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias* ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional.”

Esta sentencia, por supuesto, viola abiertamente lo establecido en los artículos 187.6, 311 y 313 de la Constitución que le atribuyen a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para “discutir y aprobar el presupuesto nacional;” lo establecido en el artículo 202 de la Constitución sobre la noción de “ley” en

¹² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-20> 16-897. HTML.

Venezuela como acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador; lo previsto en el mismo artículo 202 de la Constitución, sobre la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para sancionar leyes; y lo previsto en los artículos 203; 236.8 de la Constitución, que establecen la competencia excepcional del Ejecutivo Nacional de poder dictar actos ejecutivos con fuerza y valor de ley, es decir, los “decretos leyes” que pueda dictar por delegación el Presidente en Consejo de Ministros, en ejecución de una ley orgánica de habilitación legislativa; todo lo cual significó la violación del principio democrático conforme al cual sólo los representantes electos del pueblo son los que pueden aprobar el presupuesto nacional.

Los vicios de la sentencia los resumió la Academia Nacional de Economía, en un acertado “Pronunciamiento” publicado el 13 de octubre de 2016,¹³ en el cual luego de referirse a la Ley de Presupuesto Nacional como “un elemento central de la política pública para el desarrollo de cualquier país,” que “constituye el principal instrumento para el manejo de la política fiscal de la Nación,” por lo cual “en una sociedad democrática, el Gobierno Central no puede decidir arbitrariamente el nivel y composición de los ingresos y gastos públicos,” y más bien, debe ser presentado por el Ejecutivo para su aprobación por “el órgano constitucional que representa a los venezolanos, vale decir: la Asamblea Nacional,” consideró a la sentencia como un “atentado contra el Orden Constitucional en un área tan relevante para el buen funcionamiento de la economía y de la institucionalidad democrática,” que “impide el cumplimiento de un precepto constitucional fundamental que define nuestro carácter como sociedad democrática.” La Academia dijo, en resumen, que:

“El Poder Legislativo encarna la pluralidad necesaria para asegurar que las prioridades recogidas en la estructura del presupuesto respondan a las necesidades del país, conforme a la diversidad de enfoques y perspectivas, ahí expresadas. Además, el Poder Legislativo realiza su función contralora al Gobierno y del cumplimiento de sus compromisos. A esta función contralora se suma el derecho de la ciudadanía a la realización de contraloría social, a quien en última instancia se debe responder por el uso de los fondos públicos.

Debemos insistir, los ingresos previstos en la Ley de Presupuesto Nacional no son sino los tributos impuestos a las personas naturales y jurídicas por sus actividades económicas.

En ejercicio de su soberanía, consagrada en el artículo 5 de la Carta Magna, es la misma sociedad la que debe decidir, a través de sus órganos de representación, cómo financiar la provisión de los bienes y servicios que el Gobierno Central debe proveerle con el objeto de garantizar y mejorar el nivel del bienestar social.”¹⁴

Evidentemente que estos temas no fueron considerados por la Sala Constitucional en la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 cuya “ampliación” se solicitó violando el Código de Procedimiento Civil, para poder haberse pretendido obtener alguna “ampliación” de esta última originando la sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, razón por la cual la misma, al no “ampliar” nada de lo resuelto en aquella, no es más que una sentencia nueva, dictada en forma inconstitucional por el Juez Constitucional, sin proceso alguno, es decir, sin respetar instrumento alguno para la realización de la justicia como lo exige la Constitución (art. 257); dictada, además, de oficio, sin que nadie se lo pidiera a la sala, violando el principio dispositivo que rige en materia de justicia constitucional; y todo en violación absoluta de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa (artículo 49 de la misma Constitución), al no haberse asegurado la participación en juicio de los representantes de la propia Asamblea Nacional, cuyas funciones constitucionales cercenó.

III. LA INCONSTITUCIONAL “AMPLIACIÓN” DE UNA SENTENCIA PARA INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE UN NUEVO PROCEDIMIENTO Y UNA NUEVA “SENTENCIA”

La Sala Constitucional, para cometer esta aberración jurídica, comenzó “entresacando” de entre los “Considerandos” del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de emergencia, que la misma había declarado “constitucional” en la sentencia N° 810 de 11 de octubre de 2016, el “Considerando” que hacía referencia a la declaratoria de la Sala “sobre la invalidez, 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;” para luego pasar a constatar, de noticias de prensa, lo que calificó como un hecho “notoriamente comunicacional,” que fue el

¹³ Véase en <http://www.ance.org.ve/>

¹⁴ *Ídem*.

pronunciamiento realizado por la Asamblea Nacional el 20 de septiembre de 2016, rechazando el mencionado Decreto N° 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;¹⁵ pronunciamiento que la Sala, de entrada, sentenció declarándolo como “absolutamente nulo, de conformidad con la sentencia 808/2016, ya mencionada.” A esa decisión, le siguió el “Acuerdo sobre el rescate de la democracia y la Constitución” de la Asamblea Nacional de 13 de octubre de 2016, en el cual resolvió

“Desconocer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 333 de la Constitución, la autoridad y vigencia de los actos del Poder Ejecutivo y de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que contraríen los valores, principios y garantías democráticos y lesionen los derechos fundamentales.”¹⁶

La Sala, así, violando la Constitución sin proceso constitucional de nulidad alguno, de oficio declaró 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. Es decir, con esta decisión, la Sala Constitucional incurrió en una inconstitucionalidad adicional al violar los principios más elementales de la justicia constitucional, mediante dicha declaración de oficio, sin que nadie se lo hubiese solicitado, y violando el derecho a la defensa y el debido proceso, un acto parlamentario sin forma de ley dictado por la Asamblea Nacional como fue el mencionado Acuerdo de la Asamblea Nacional.

Luego de glosar el contenido del articulado del Decreto de estado de excepción, y transcribir párrafos de múltiples sentencias anteriores de la Sala en las cuales ya había declarado la “constitucionalidad” de varios decretos de excepción anteriores, pasó la Sala a constatar que la solicitud de “ampliación” formulada por el Presidente se circunscribía a “las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República,” ante la Asamblea Nacional, pues en virtud de la declaración judicial de que sus actos se consideraban “nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica,” entonces el Poder Ejecutivo no podría presentar el Presupuesto ante la Asamblea “debido a la situación irregular en que se encuentra ese órgano legislativo.”

De todo ello, el Presidente de la República en realidad no pidió “aclaratoria” alguna, sobre supuestas omisiones de puntos en la disertación y fundamento de la sentencia anterior, o de algún *lapsus* o falta en la misma, de manera que la Sala pudiese completar la decisión añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de algún error involuntario de la misma, sino como se indica en la propia sentencia, lo que solicitó en realidad fue que la Sala Constitucional “interpretara”:

“sobre la factibilidad de que fundamentado en el Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.4.52, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.256 de fecha 13 de septiembre de 2016, se pueda decretar el Presupuesto de la República y normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017.”

¹⁵ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>.

¹⁶ En dicho Acuerdo, la Asamblea Nacional expresó además, con toda claridad: -Que no hay democracia sin la vigencia efectiva de un texto constitucional que ordene de acuerdo a la justicia, el ejercicio de los poderes públicos, así como las relaciones del poder público con los ciudadanos;- que no hay democracia sin respeto de los derechos humanos, que el ejercicio de los derechos humanos es irrenunciable y que los órganos del Poder Público están obligados a velar por su efectiva vigencia;- y que -Que no hay democracia sin voto y que el ejercicio del voto es el cauce democrático para exigir a las autoridades del Poder Público el cumplimiento de sus funciones en beneficio de los ciudadanos, así como el medio para garantizar la paz y que los cambios políticos anhelados por la ciudadanía se alcancen pacífica y cívicamente.- Véase el texto en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf. Dicho Acuerdo, a juicio de Antonio Sánchez García, -constituye una auténtica declaración de guerra a la dictadura. La primera -y última- tras diecisiete años de humillaciones, de abusos, de atropellos, de fraudes y crímenes e iniquidades sin nombre. [...]. Estamos ante un documento de alta valoración histórica que establece una tajante línea divisoria en la historia política de la República: un antes y un después del 13 de octubre de 2016. Un decreto que apela a la verdad y a las tradiciones democráticas de Venezuela, reivindica los derechos que le asisten a quienes detentan de iure y de facto el Poder soberano de la Nación y que expresa la voluntad indeclinable de la inmensa mayoría ciudadana de la Nación por restituir el Estado de Derecho y la integridad de la Patria, ultrajada por quienes no han trepidado en traicionar su soberanía, entregarle la disposición sobre nuestros recursos a una tiranía extranjera y usurpar la presidencia de nuestro gobierno a uno de sus agentes. [...]. Es un acto de alta política que honra a nuestra Asamblea, un -no va más- Irreductible y sin retorno. Llegamos a la encrucijada definitiva de nuestro destino: dictadura o democracia. La soberanía reclama libertad, justicia y democracia. Es la hora de su reconquista.- Véase: Antonio Sánchez García, -La hora final, Declaración de guerra de la Asamblea Nacional a la dictadura,- 17 de octubre de 2016, en http://www.twitlonger.com/show/n_1sp74lo y en <http://noticiasvenezuela.org/2016/10/18/la-hora-final-declaracion-de-guerra-de-la-asamblea-nacional-a-la-dicta-dura/>.

No hubo por tanto en la solicitud del Presidente, requerimiento alguno de “ampliación” de la sentencia N° 816 de 29 de septiembre de 2016, habiéndose reducido la solicitud misma a la formulación de una de interpretación constitucional nueva que nada tenía relación con la sentencia de declaratoria de constitucionalidad de un Decreto de estado de excepción.

Sin embargo, la Sala consideró que el Presidente solicitante, quien supuestamente conocía “a cabalidad el contenido y alcance de la decisión,” no pretendía “aclaratoria” alguna, sino que supuestamente se “ampliase” el análisis desarrollado por la Sala, en cuanto a la declaratoria de la nulidad de todos los actos de la Asamblea, lo que implicaba “la imposibilidad jurídica de someter el presupuesto 2017 a la aprobación del órgano legislativo nacional,” lo cual obviamente no encajaba dentro de la posibilidad de “ampliación,” pues ello no se había discutido ni mencionado, ni se planteó en el procedimiento que originó la sentencia.

IV. UN NUEVO “INVENTO” INCONSTITUCIONAL DE LA “JUSTICIA CONSTITUCIONAL” IMPARTIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL: EL SUPUESTO CONTROL “INNOMINADO” DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Olvidándose entonces de que lo que se le había solicitado era una supuesta “ampliación” de la sentencia N° 810 de 11 de octubre de 2016, la Sala Constitucional pasó a decidir una especie de solicitud de interpretación, considerando que la “interpretación y aplicación es una de las funciones principales de la jurisdicción constitucional,” para lo cual comentó los diversos artículos constitucionales que regulan tanto la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como aquellos relacionados con el tema de la aprobación del Presupuesto en el marco de la Hacienda Pública, y los artículos de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, y en particular los que regulan la competencia del Presidente de la República para dictar medidas, entre ellas, las “*de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos*”.

De estas normas queda claro que corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, la elaboración del presupuesto nacional (además de las otras atribuciones constitucionales, inclusive, en materia de régimen de excepción), y que, a su vez, corresponde en exclusividad a la Asamblea Nacional “discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público” (art. 187.6).

Y entonces, sin embargo, teniendo como base en esas claras atribuciones constitucionales, y sin considerar la voluntad manifiesta de la Asamblea Nacional de querer funcionar y ejercer sus atribuciones constitucionales, que la propia Sala le fue cercenando durante todo el año 2016, lo que constató la Sala Constitucional fue que la solicitud de “ampliación” aun cuando improcedente, lo que evidenciaba era, en cambio, “la voluntad manifiesta del Presidente de la República de cumplir las fases constitucionales para la aprobación del presupuesto nacional” para 2017. La Sala, además, consideró que presentar el proyecto de Ley “ante un órgano que actualmente está al margen de la Constitución en razón del desacato en el que se encuentra frente a decisiones de este alto tribunal” acarrearía “consecuencias Jurídicas” pues la propia Sala ya había declarado que todas las actuaciones de la asamblea Nacional carecían de validez y eficacia por inconstitucionales.” (*Lo declaró en sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016 y lo reiteró en el fallo objeto de la “ampliación”*); circunstancias estas que según la Sala le exigieron proceder a ejercer un denominado e inexistente “*control innominado de la constitucionalidad*” para determinar “la solución de esa situación, en tutela del sistema constitucional.”

Por supuesto, esto es absolutamente inconstitucional. No existe ni puede existir un “control *innominado* de constitucionalidad,” pues la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, como todos los órganos constitucionales, solo puede ejercer las competencias establecidas expresamente en la Constitución (art. 336). La Sala Constitucional, ante todo, está sujeta a la Constitución, y no puede “inventarse” competencias que la Constitución no establece, usurpando el poder constituyente.¹⁷

¹⁷ Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 179-182. Por ello, con razón, José Ignacio Hernández expresó que en este caso, la Sala Constitucional se “inventó” una competencia que no tiene, agregando que: “no hay en la Constitución ninguna norma que atribuya a la Sala Constitucional la competencia para aprobar el presupuesto. Todo lo contrario: la Constitución es clara cuando señala que el presupuesto se aprueba mediante Ley, y sólo la Asamblea Nacional puede dictar leyes.” Véase en -¿Qué significa que la Sala Constitucional y no la Asamblea Nacional apruebe el presupuesto 2017?-, en *Prodavinci*, Caracas, 12 de octubre de 2016, en <http://proda-vinci.com/blogs/que-significa-que-la-sala-constitucional-y-no-la-asamblea-nacional-apruebe-el-pre-supuesto-2017/>

Y eso fue lo que hizo la Sala Constitucional, después de que había sido la propia Sala Constitucional la que había sucesivamente ahogado a la Asamblea Nacional, violando el deber que tenía de honrar los postulados de separación de poderes, de equilibrio entre los Poderes Públicos, de garantía de los derechos fundamentales y del orden constitucional, afectando gravemente el funcionamiento del Estado.

Sin embargo, insólitamente y con todo cinismo, la Sala Constitucional, para usurpar las funciones de la Asamblea Nacional, lo que argumentó fue, como si nadie supiera lo que ha estado ocurriendo en el país por obra de la dictadura judicial¹⁸ que ha impuesto, que:

“frente a la imperiosa necesidad de cumplir una fase del proceso de formación jurídica del presupuesto nacional, ante el deber de honrar los postulados de separación y equilibrio entre los poderes que conforman el Poder Público y con el propósito de mantener el funcionamiento del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y el orden constitucional, esta Sala, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, *declara que en esta oportunidad el Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, la cual ejercerá el control de ese acto del Poder Ejecutivo Nacional*, conforme a lo previsto en el Texto Fundamental, todo ello en garantía de los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria.”

Es decir, la Sala Constitucional, en lugar de buscar la “solución constitucional” al problema que ella misma había originado, en la propia Constitución, reconociendo la representación popular de la Asamblea Nacional y las competencias que tiene, decidiendo que “en esta oportunidad,” en lugar de que el proyecto de Ley de Presupuesto se presentara por el Presidente ante la Asamblea Nacional, la cual incluso podía haberlo aprobado sin la participación en la votación de los diputados por el Estado Amazonas, simplemente, en lugar de ello, violando abiertamente la Constitución, lo que resolvió fue: *primero*, liberar inconstitucionalmente al Presidente de la República de su obligación de presentar el proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea Nacional; *segundo*, auto-atribuirse como Juez Constitucional, usurpando la potestad de la Asamblea Nacional, la competencia para discutir y aprobar el presupuesto nacional, ignorando así que sus competencias solo pueden ser las establecidas en la Constitución; *tercero*, cambiar la naturaleza constitucional del acto de aprobación del presupuesto que es única y exclusivamente mediante ley de la Asamblea Nacional, autorizando, al margen de la Constitución, que el Presupuesto para 2017 se adoptase mediante un decreto, que son los actos del Presidente de la República; y *cuanto*, también violando la Constitución, otorgar a dicho decreto, la jerarquía de decreto con “rango y fuerza de Ley”, es decir, de un decreto ley, cuando estos solo son los dictados mediante el ejercicio de competencias legislativas delegadas mediante Ley Habilitante (art. 2013), o los decretos de Estados de excepción que nunca pueden ser dictados usurpando competencias constitucionales de otros órganos del Poder Público.

El “fundamento” para asignarle al decreto sui generis e inconstitucional del Presidente contenido de la Ley de Presupuesto el rango y valor de ley que esgrimió la Sala Constitucional fue el artículo 2.2 del Decreto N° 2.452, de 13 de septiembre de 2016, declarativo del estado de Excepción que estableció entre las “medidas” que podía adoptar el Presidente, la siguiente:

“Decretar normativa excepcional para la asignación de recursos presupuestarios, los límites máximos de autorizaciones para gastar, la distribución de los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, que regirán para el ejercicio económico financiero 2017, si por situaciones de hecho o impedimentos jurídicos resultare imposible tramitar el Presupuesto 2017 oportunamente, con el objeto de evitar daños irreparables al Patrimonio Público, a los venezolanos y venezolanas, así como garantizar el adecuado funcionamiento de los órganos y entes públicos.”

La norma invocada, por supuesto, era en sí misma inconstitucional, pues con ella se dejó abierta la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, se atribuyera a sí mismo la función de aprobación del presupuesto, ignorando que un estado de excepción no puede significar, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, la interrupción del “funcionamiento de los órganos del Poder Público.”

La Sala continuó considerando que los “decretos” que el Presidente de la república dicte sucesivamente en “ejecución” de su propio decreto de excepción, son “actos normativos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, “lo que es falso, pues esa categoría solo la tiene el decreto de estado de

¹⁸ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura Judicial y perversion del Estado de derecho*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2016; -La Corrupción del Estado de Derecho y la -Dictadura Judicial-, de Brewer-Carías, Allan R. p. 4-9, disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Con-tent/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea2/Content/1,%201,%201127.%20Brewer.%20La%20corrupci%C3%B3n%20del%20Estado%20de%20derecho%20y%20la%20dictadura%20judicial%20.%20Guanajuato%202016.pdf>.

excepción que es el sujeto a control político y judicial¹⁹ y no los sucesivos decretos que se dicten con otras medidas que no se someten a dichos controles.

Es decir, los decretos que tienen rango y valor de ley, conforme al artículo 22 de la ley Orgánica de los Estados de excepción, son los decretos que declaren tales estados de excepción, y en forma alguna los decretos “en ejecución” del mismo como lo ha dispuesto la Sala Constitucional contrariando lo que la Constitución y la ley Orgánica de Estados de excepción establece.

Es falso, por tanto, como lo afirmó la Sala que el usurpador “decreto de ley de presupuesto” que autorizó a fuese dictado, “por su contenido, naturaleza y alcance, y, además, por ser un acto en ejercicio de la potestad contenida en el referido artículo 2.4 del Decreto N° 2.452 de Estado de Excepción y Emergencia Económica, de fecha 13 de septiembre de 2016, cuya constitucionalidad declaró la Sala en la sentencia objeto de “ampliación,” tendría igualmente “rango y fuerza de ley.”

Luego de estas afirmaciones, la Sala pasó a referirse a las normas constitucionales de los artículos 311, 312, 314 y 315, que regulan el proceso presupuestario a través de la ley de Presupuesto, indicando que las mismas también “regirán tal decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” destacando en especial el artículo 313 de la Constitucional, que establece que:

“Artículo 313. La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.”

La Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.

Con la presentación del marco plurianual del presupuesto, la ley especial de endeudamiento y el presupuesto anual, el Ejecutivo Nacional hará explícitos los objetivos de largo plazo para la política fiscal, y explicar cómo dichos objetivos serán logrados, de acuerdo con los principios de responsabilidad y equilibrio fiscal”.

Sin embargo, frente a esa norma constitucional, la Sala Constitucional, simplemente procedió a “suspender” sus efectos, respecto de lo que venía de decidir inconstitucionalmente, constatando que era “evidente” después de la inconstitucionalidad que venía de cometer, que lo decidido no se subsumía.

“en ninguno de los supuestos señalados en esa norma, pues no se trata de que el Ejecutivo Nacional no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del lapso establecido legalmente, ni tampoco que el mismo fuere rechazado por ésta; casos en los que “seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso” (reconducción presupuestaria) y “la Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.”

En consecuencia, de la inconstitucionalidad cometida por la Sala Constitucional, la misma Sala concluyó que como en la Constitución no se previó el supuesto de que la propia Sala Constitucional paralizara a la Asamblea nacional y declarase nulos sus actos futuros, entonces ello, supuestamente:

“no acarrea en este caso la consecuencia de la reconducción presupuestaria ni, lógicamente, la posibilidad de que la Asamblea Nacional pueda alterar las partidas presupuestarias en momento alguno, no sólo por la comprensible ausencia de regulación de una actuación tan particular, sino porque la responsabilidad de la no presentación del proyecto de ley de presupuesto no es atribuible al Ejecutivo Nacional, como ya se evidenció, sino a la antijurídica actuación de la mayoría de diputados que actualmente conforman la Asamblea Nacional, los cuales han resuelto volver a desconocer el orden constitucional, como lo hicieron el 6 de enero del presente año, cuando incurrieron en el primer desacato, que cesó pocos días después por el reconocimiento y la decisión voluntaria de los mismos.”

¹⁹ Véase Sentencia N° 07 de la Sala Constitucional del 11 de febrero de 2016, (Caso: *Hernán Toro, Norcy Álvarez y otros*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

Allí se olvidó la Sala mencionar, sin embargo, que, en realidad, la verdadera razón para impedir que el Presidente presentase el proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea, no había sido el supuesto desacato de ésta de decisiones judiciales, sino las sentencias de la propia Sala declarando nulas y sin ningún valor todas las actuaciones pasadas y futuras de la Sala Constitucional.

La sala, sin embargo, ignorando esa realidad, procedió, sin más, a suspender los efectos de la propia Constitución, afirmando que lo expuesto en la misma no podía aplicarse para el ejercicio fiscal 2017 y como lo dice la Constitución, siguiera:

“vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso, sino que estará vigente el decreto de presupuesto nacional del Presidente de la República; el cual, como se indicó, deberá ser presentado a esta Sala Constitucional, dadas las circunstancias excepcionales ya descritas.”

Esta suspensión de la Constitución condujo finalmente a la Sala a disponer que el “decreto de presupuesto nacional” estaría por tanto sujeto “a las normas y principios que rigen la materia y *al control constitucional de esta Sala*, conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 336 de la Constitución”; y que, conforme a ello,

“la Asamblea Nacional no podrá alterar en ningún momento las partidas presupuestarias ni pretender obstruir ni incidir en la integridad de las disposiciones establecidas en el correspondiente decreto de presupuesto nacional, como medida de protección de la integridad constitucional, del funcionamiento del Estado y de los derechos fundamentales.”

De todo este desaguizado constitucional, la Sala insistió en reafirmar la “suspensión” de los efectos de la Constitución en la materia, al decidir que:

“actualmente el Presidente de la República está constitucionalmente relevado de presentar el presupuesto nacional ante la Asamblea Nacional, así como de cualquier otro pretendido control político que ejerza ese órgano legislativo, mientras dure el desacato que voluntariamente mantiene la mayoría de diputados que actualmente integran el mismo respecto del orden constitucional y, concretamente, de varias decisiones dictadas por este máximo tribunal de la República, que lo ubica al margen del orden constitucional y que pudiera generar responsabilidad tanto para los diputados en desacato como para quienes cohonesten o participen en ese desacato.”

Situación que, además, como también lo decidió la Sala, duraría, “mientras dure la vigencia del decreto con rango y fuerza de ley de presupuesto nacional,” es decir, durante todo el año 2017, incluso “aun cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional,” en cuyo caso sus decisiones la Sala consideró hacia futuro, que

“carecerán de validez y existencia jurídica alguna, por ser extemporáneas, toda vez que, como ha podido apreciarse, existen normas jurídicas que establecen lapsos preclusivos respecto de esta materia regida por un instrumento jurídico temporal, pues está destinado a regir durante un año.”

Y así la Sala Constitucional declaró “resuelta la presente solicitud de ampliación de la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016”, procediendo a disponer que el “Presidente la República deberá presentar el presupuesto nacional ante esta máxima instancia de la jurisdicción constitucional, bajo la forma de decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión,” lo cual el Presidente hizo efectivamente el día 14 de octubre de 2016 tal y como fue bien publicitado.²⁰

V. EL NUEVO ASALTO A LA CONSTITUCIÓN PERPETRADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL CHANTAJE INICIADO POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN RELACIÓN CON LAS ENTIDADES POLÍTICAS DESCENTRALIZADAS (ESTADOS Y MUNICIPIOS)

Con esta decisión los venezolanos fuimos testigos de un nuevo “asalto a la Constitución,”²¹ o un “golpe de Estado” que se ha dado “no sólo contra la institucionalidad legislativa, sino que además disuelve el

²⁰ Véase notas de prensa del viernes 14 de octubre de 2016, en <http://globovision.com/article/maduro-arriba-al-panteon-nacional> y <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/economia/presidente-maduro-firma-decreto-presupuesto-nacional-2017/>. El irrito decreto N° 2484 de la Ley de Presupuesto para Ejercicio Económico Financiero 2017 y el Endeudamiento de la nación, se publicó en *Gaceta Oficial* N° 6.265 Extra de 18 de octubre de 2016.

²¹ Véase Carlos Canache Mata, -Asalto a la Constitución-, 20 de octubre de 2016, en <http://www.pedromogna.com/carlos-canache-mata-el-asalto-a-la-constitucion/>.

Estado en su concepción democrática, porque inhabilita las funciones de un poder público electo por mayoría popular,”²² con lo que materialmente se ha incinerado a la Asamblea Nacional.

Tal como lo advirtieron los Colegios de Abogados del país:

“se centralizó en el Ejecutivo la elaboración y ejecución del presupuesto nacional sin posibilidad de control parlamentario; cuando tales competencias son exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, violentando con ello el Principio de Legalidad Presupuestaria que obliga al Presidente, de manera ineludible, a no realizar gasto que no haya sido previsto en Ley. La ejecución de un espurio presupuesto aprobado por la Sala Constitucional en estos términos, constituye una apropiación criminal de los fondos públicos.”²³

De acuerdo con el artículo 312 de la Constitución “el Estado no puede reconocer obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la ley,” debiendo una “ley especial de endeudamiento anual ser presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto,” de manera que “las operaciones de crédito público requieren, para su validez, una ley especial que las autorice.”

En consecuencia, sin la participación de la Asamblea Nacional, con una decisión como la dictada por la Sala Constitucional y con un viciado decreto de presupuesto y de endeudamiento público como el aprobado por la Sala Constitucional en sustitución de la Ley que debió sancionar la Asamblea, ninguna operación de crédito público se podrá hacer en el futuro, todos los pagos que realice el Ejecutivo son inconstitucionales e ilegítimos, y los funcionarios que los realicen están sujetos a las sanciones establecidas en la Ley Anti-Corrupción, no pudiendo reconocerse en ningún caso, las obligaciones contraídas por el Ejecutivo Nacional, que a estos efectos del presupuesto, no puede considerarse sino como un órganos ilegítimo.

El Ejecutivo Nacional, sin embargo, buscando en alguna forma tratar de “legitimar” la inconstitucionalidad cometida, lo que por supuesto era imposible, lo quiso hacer mediante un abierto y público chantaje político, pues no otra cosa fue lo que anunció públicamente quien ejerce la Presidencia de la República, al informar públicamente en declaraciones de prensa –por supuesto sin que mediara ningún acto ejecutivo formal que no podría dictar legalmente– que los órganos del Poder Nacional no aportaría los recursos financieros que conforme a la Constitución tienen derecho los Estados y Municipios, si los Gobernadores y Alcaldes de las respectivas entidades políticas no firmaren un “acuerdo de aceptación de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que avala que el Presupuesto 2017 no sea presentado ante la Asamblea Nacional (AN)” adoptaría “medidas excepcionales contra dichos gobernadores y alcaldes.”²⁴

Con razón, los Alcaldes agrupados en la Asociación Nacional de Alcaldes expresaron con razón, después de dejar establecidas cuáles eran sus competencias constitucionales, y las del Poder nacional, que “la exigencia de nuestras firmas como señal de conformidad con la forma de aprobación del Presupuesto Nacional 2017, excede completamente nuestras funciones constitucionales y legales”, no teniendo ninguno de ellos competencia alguna “para con su firma validar o no el procedimiento utilizado,” correspondiéndoles en cambio liderizar el proceso de formulación de los presupuestos en cada uno de los municipios “mediante los proyectos de ordenanzas municipales contentivos de los presupuestos municipales que contemplan los ingresos derivados del situado constitucional conforme nos ha notificado la ONAPRE que fue incluido en el Presupuesto Nacional 2017.” Concluyeron los Alcaldes, con toda razón, en resumen, que:

²² Véase Javier Antonio Vivas Santana, -¡Llegamos al llegadero! Aporrea: El -autogolpe- de Maduro, *Aporrea.com*, 14 de octubre de 2016. El autor agregó que -es evidente que una decisión de este tipo, aunque traten de -adornarla- con aprobaciones de fantasía, genera sendas limitaciones al ejercicio democrático, por no decir que lo anula, porque el golpe no es sólo contra la Asamblea Nacional, sino es contra la pluralidad y el origen del voto. El golpe es contra la expresión popular como garante de los derechos políticos, que son la génesis de los actos políticos y administrativos del poder público.-

²³ Véase -Gremio de abogados se declara en rebeldía ante decisiones inconstitucionales del TSJ, 15 de octubre de 2016, en <http://www.lapa-tilla.com/site/2016/10/15/gremio-de-abogados-se-declara-en-rebeldia-ante-decisiones-inconstitucionales-del-tsj-documento/>

²⁴ Véase -Maduro amenazó a gobernadores y alcaldes que no avalen el Presupuesto 2017,- en *El Nacional*, Caracas 18 de octubre de 2016, en http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-gobernadores-alcaldes-sentencia-TSJ_0_941906041.html.

“nunca antes se nos ha exigido que suscribamos o avalemos la Ley que contiene el Presupuesto Nacional. Hacerlo extralimita nuestras atribuciones y competencias porque pertenecemos a un poder público distinto al que tiene las competencias constitucionales para formular y aprobar el Presupuesto Nacional. Por estas razones no firmaremos el aval solicitado al Presupuesto Nacional 2017.”²⁵

Pero para el régimen, en realidad, poco importa lo que diga la Constitución, la cual solo la invocan sus representantes cuando la están violando, o cuando de antemano buscan avalar sus actuaciones inconstitucionales, o cuando lo que requieren es cambiarla, mutarla o moldearla para adaptar su texto para satisfacer sus intereses políticos, usando para ello al Juez Constitucional, siempre dispuesto a complacer u a obedecer.

²⁵ Véase -Asociación de Alcaldes de Venezuela no firmará presupuesto 2017,- en *800 Noticias*, 21 de octubre de 2016, en <http://800noticias.com/asociacion-de-alcaldes-de-venezuela-no-firmara-presupuesto-2017>. Sin embargo, algunos Alcaldes de oposición del Estado Zulia, según se informó en la prensa, se comprometen a -acatar la orden de la Presidencia de la República- y firmaron lo requerido aun cuando expresando que -la firma del mencionado documento no convalida por nuestra parte o avala la legalidad de los procedimientos y decisiones que llevaron a la aprobación del presupuesto nacional.- Véase en -Seis alcaldes opositores venezolanos firmaron presupuesto aprobado por Maduro,- en Agencia EFE, *el Nuevo Herald*, 21 de octubre de 2016, en <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article109737622.html>.

65. EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INVESTIGANDO LA ACTUACIÓN DE PDVSA, Y SU ANULACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 358-359.

Resumen: *Este comentario se refiere a la sentencia N° 893 de 25 de octubre de 2017, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual, anuló la decisión de la Asamblea Nacional de iniciar una investigación sobre la gestión de la directiva de la empresa pública, Petróleos de Venezuela S.A., impidiendo que pudiera ejercer el control político sobre la Administración Pública.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Control político; Administración Pública. Control.*

Abstract: *This comment refers to decision N° 893 of October 25, 2016, through which the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal annulled the decision of the National Assembly to begin an investigation of the management of a public enterprise (Petróleos de Venezuela S.A.) preventing the Assembly from exercising its powers of political control over the Public Administration.*

Key words: *National Assembly. Political control; Public Administration. Control.*

Conforme a sus competencias constitucionales, la Asamblea Nacional inició a través de la Comisión Permanente de Contraloría en fecha 17 de febrero de 2016, una investigación con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), durante el periodo comprendido entre los años 2004-2014.

Contra dichas actuaciones el antiguo Presidente de dicha empresa intentó con fecha 28 de septiembre de 2016, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad, de los actos realizados en el marco de la investigación parlamentaria, solicitando además que se ordene a la Asamblea Nacional “abstenerse de reeditar actuaciones” en su contra; solicitando como medida cautelar innominada “...la suspensión inmediata de los efectos de los actos impugnados.”

Después de declarar su competencia para conocer de la acción de nulidad, en virtud de que se trataba de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 893 de 25 de octubre de 2016,¹ admitió la demanda, y sin más, procedió a pronunciarse sobre la solicitud cautelar requerida, estimando que existían:

“elementos que sirven de convicción acerca de las lesiones graves o de difícil reparación que se estarían ocasionando a la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA) e, incluso, contra la República directamente, además de la posible vulneración en los derechos del accionante de autos, ciudadano Rafael Darío Ramírez Carreño; lo que podría desencadenar una reacción adversa en los procedimientos arbitrales que cursan en la actualidad, en los inversionistas, en todos aquellos países a los cuales puede acudir la República para el intercambio de crédito y, en fin, en los diversos actos relacionados con esta materia que interesan a la Nación, a diversos Estados y a la Región, tomando en cuenta la trascendencia de PDVSA en el orden económico, social y constitucional.”

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/191316-893-251016-2016-16-0940>. HTML

La Sala igualmente estimó que se encontraba satisfecha la presunción de buen derecho, ya que, supuestamente la gestión de PDVSA, se encontraba monitoreada permanentemente por todos los órganos de control del Estado,” declarando, sin más, procedente la medida cautelar solicitada, por lo que, en consecuencia, decidió que se:

“suspenden los efectos de la investigación abierta e impulsada desde principios del presente año por la Comisión Permanente de Contraloría de la Asamblea Nacional con relación a supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. durante el período comprendido entre los años 2004-2014, expediente signado bajo el N° 1648, incluyendo las actuaciones que al respecto desplegó en la misma los días 17 de febrero y 5 y 21 de abril de 2016; así como también de todos los actos derivados de esa o de cualquier otra investigación relacionada con los pretendidos hechos que haya iniciado durante el presente año o que pretenda comenzar la Asamblea Nacional hasta que culmine el proceso adelantado en razón de la presente demanda; sin menoscabo de la nulidad por inconstitucionalidad de los respectivos actos de la Asamblea Nacional, en razón del desacato que mantiene a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, declarada por esta Sala en sentencia N° 808/2016, reiterada en la sentencia N° 810 del mismo año. Así se decide.”

Y así, pura y simplemente se cercenó a la Asamblea Nacional de su potestad de controlar la actuación de órganos de la Administración Pública, como son las empresas del Estado, incluso de la más importante entre todas ellas, como es PDVSA.

66. EL INTENTO FALLIDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE EJERCER EL CONTROL POLÍTICO SOBRE EL TEMA DE LA NACIONALIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Y SU ANULACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 360-366.

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la investigación iniciada en la Asamblea Nacional sobre la nacionalidad del Presidente de la República, y la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 907 de 28 de octubre de 2016 poniendo término a toda discusión en la materia.*

Palabras Clave: *Presidente de la República. Condiciones de nacionalidad y ciudadanía.*

Abstract: *This comment refers to the intent of the national Assembly to investigate the citizenship of the President of the republic, and the intervention of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal by means of decision N° 907 of October 28, 2016 to end the discussion on the matter.*

Key words: *President of the Republic. Citizenship conditions.*

Conforme al artículo 41 de la Constitución, “sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad,” pueden ejercer el cargo de Presidente de la República, lo que repite el artículo 227, al exigir que “para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad.”

El primero de estos requisitos, está precisamente regulado en el artículo 31 de la misma Constitución, al precisar que los venezolanos por nacimiento son, primero, las personas “nacidas en el territorio de la República;” segundo, las personas “nacidas en territorio extranjero,” cuyos padres (ambos) sean venezolanos por nacimiento; tercero, las personas “nacida en territorio extranjero,” si uno de sus progenitores (padre o madre) es venezolano por nacimiento y “siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana;” y las personas “nacidas en territorio extranjero,” si uno de los progenitores (padre o madre) es venezolano por naturalización, “siempre 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.”

Lo segundo deriva del hecho de que como la Constitución admite expresamente que los venezolanos por nacimiento pueden tener otras nacionalidades (art. 34), por ser hijos padres extranjeros, que muchas veces se adquiere sin que la persona la haya solicitado, sin embargo, para poder ejercer el cargo de Presidente de la República, si la persona tiene otra nacionalidad debe formalmente renunciar a la misma.¹

¹ Debo recordar que en los debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, al discutirse la Ponencia que presenté como Presidente de la Comisión que redactó todo el Capítulo sobre Nacionalidad y Ciudadanía, sobre esta norma el entonces constituyente Nicolás Maduro, considerando que -establece la exclusividad sobre algunos cargos de interés estratégico, de interés vital de la nación,- propuso cambiarlo -para ampliar la exclusividad sobre los derechos que tenemos los venezolanos,- indicando -para que sea más claro y exclusivo- que el cargo de Presidente solo podían ejercerlo los -venezolanos por nacimiento que no han adquirido la doble nacionalidad -que aprobamos ayer- ni han renunciado a esta, porque pueden haber renunciado y luego, de acuerdo a los mecanismos establecidos, lograr que se les reponga su nacionalidad.- Eso fue en la sesión del 22 de octubre de 1999. Del texto de su intervención puede deducirse que Maduro no tenía dudas de que él mismo era venezolano; pero no de si tenía o no otra nacionalidad.

La obtención de la nacionalidad por nacimiento es siempre una cuestión de hecho, vinculada al lugar donde se nace y a los padres que han procreado a la persona, que deben probarse. Sin prueba no hay posibilidad de determinar la nacionalidad de las personas.

Por ello, para determinar la nacionalidad por nacimiento de una persona conforme a la Constitución, es indispensable probar el lugar de nacimiento, sea de la persona interesada, o de sus padres, y ello, solo puede hacerse como principio general conforme a las normas del derecho civil que establecen el régimen de las personas, es decir, las relativas al Registro Civil, y en particular mediante la presentación del certificado, registro, acta o “partida de nacimiento,” donde queda asentado en forma auténtica los hechos que acreditan la nacionalidad, y que son, el lugar donde se nace y la identidad y nacionalidad de los padres.

En cambio, cuando se trate de determinar que un venezolano por nacimiento que tenga otra nacionalidad, que ha podido haber adquirido aun cuando no la haya solicitado, por la nacionalidad de los padres, y que en un momento dado ya no la tiene, es ese caso ya no se trata de probar hechos como el lugar donde se nace o la nacionalidad de los padres, sino de lo que se trata es de probar que la persona ha manifestado formalmente que ha renunciado a la otra nacionalidad; porque como se dijo, en general la otra nacionalidad no se adquiere por opción o adquisición voluntaria formulada por la persona interesada, sino por circunstancias de hecho como el ser hijo de padres extranjeros cuya nacionalidad se le transmitió al hijo automáticamente.

En esta materia de la nacionalidad, por tanto, estamos en el complejo mundo jurídico de las pruebas, aun cuando ciertamente en este ámbito ese mundo sea el más simple y elemental, pues para probar la nacionalidad que ya se tiene, lo único que debe presentar la persona es la partida o acta de nacimiento. Y para quien tiene doble nacionalidad, probar que ya no tiene una de ellas, lo único que tiene que hacer la persona interesada en presentar formalmente el documento de renuncia a la segunda nacionalidad.

Ese, sin embargo, no pareció ser el mundo de la prueba al que nos ha tenido habituados la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ante una “acción innominada de control de la constitucionalidad de las normas previstas en los artículos 41 y 227 del Texto Fundamental,” que el Sr. Nicolás Maduro, como Presidente de la República le presentó el 19 de octubre de 2016, —acción que por supuesto no existe en Venezuela—, motivado por el hecho de que algunos ciudadanos habían señalado que él habría incumplido “el requisito constitucional referido a ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad;” la Sala Constitucional mediante sentencia N° 907 de 28 de octubre de 2016,² en lugar de proceder a devolverle al solicitante su escrito, por impertinente, e indicarle que lo que debía hacer públicamente era mostrar su partida de nacimiento o en su caso, la renuncia formal a otra nacionalidad si la tuvo en algún momento, procedió a entrar a desarrollar un juicio sin proceso ni partes, transformando la acción “innominada” intentada en un “recurso de interpretación,” y así proceder a inventar otra forma de probar la situación de no tener otra nacionalidad solo basándose en el hecho de que las autoridades colombianas le habían informaron al solicitante que no tenían información de que fuera colombiano. Ello, sin embargo, no era prueba de que no tuviese otra nacionalidad.

La Sala para decidir, según se dijo en la sentencia, le solicitó al Consejo Nacional Electoral y recibió del mismo, el 21 de octubre de 2016, “copia certificada del acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros,” y a la vez recibió el 26 de octubre de 2016, del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería “una tarjeta alfabética con los datos y huellas dactilares del ciudadano venezolano Nicolás Maduro Moros, identificado con la cédula de identidad V-N° 5.892.464.”

Y eso fue todo lo que hizo la Sala para iniciar entonces un juicio de interpretación de la Constitución. ¿De qué? La verdad es que no se sabe, pues nada había que interpretar sino solo decirle al solicitante que mostrara a quien quisiera su partida de nacimiento, y si acaso tenía por razón de sus padres otra nacionalizada, que antes de ocupar todos los cargos públicos que requerían no tener otra nacionalidad, mostrarle en qué forma había renunciado a la misma.

Pero nada de eso ocurrió. La demanda intentada por Nicolás Maduro, que como se dijo, tuvo como único objeto formular ante la Sala Constitucional quejas porque un grupo de ciudadanos, incluidos diputados a la Asamblea Nacional, habían objetado su “condición de venezolano por nacimiento [...], así como el hecho de no tener ni haber solicitado otra nacionalidad distinta de la venezolana,” para lo cual el argumento para reforzar su queja fue que había ejercido sin que nadie lo molestara, todos los cargos públicos imaginables (Diputado al Congreso de la República de Venezuela; Diputado a la Asamblea Nacional;

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/191597-907-281016-2016-16-1017>. HTML

Constituyente de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999; Presidente de la Asamblea Nacional; Canciller de la República; Vicepresidente Ejecutivo de la República; y Presidente de la República), respecto de todos los cuales se “exigía ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad.” En todos esos casos, –dijo– había desempeñado esos cargos, sin que nadie:

“se hubiere objetado mi incontrovertible nacionalidad venezolana, sin que se hubiere inventado la coexistencia de otra nacionalidad, y, en fin, sin que se hubiere dudado la actuación de los órganos del Estado que intervinieron en verificación.”

La argumentación del solicitante, en todo caso, se centró en preguntarle a la Sala Constitucional respecto al alcance de la norma del artículo 41 de la Constitución sobre la condición de no tener otra nacionalidad, para el caso de que la persona no la hubiera solicitado de cualquier Estado, preguntándole a la Sala si:

¿puede afirmarse que se tiene o posee otra nacionalidad, a la luz de tales normas, aun cuando no se haya aceptado tener esa otra u otras nacionalidades, ni mucho menos habiendo actuado como nacional de algún otro país?

La pregunta era impertinente porque ello simplemente depende de la nacionalidad de los padres y nada tiene que ver para que la nacionalidad se transmita por los padres, el que se acepte o se solicite la otra nacionalidad.

Olvidó el Sr. Maduro para formular esta pregunta, lo antes dicho sobre los hechos que dan origen a la nacionalidad y su prueba. Cuando se establece un régimen de la nacionalidad como el que está previsto en la Constitución venezolana, basta que alguien nazca en territorio nacional o que nazca fuera del territorio nacional como hijo de padre y madre venezolanos, para que dicha persona se la considere venezolana por nacimiento, sin que tenga que solicitarle al Estado tener esa nacionalidad.

Así pasa en muchos otros países, siendo ello lo que motivó que el solicitante pretendiera de la Sala que le aclarara “el contenido y alcance” las normas constitucionales.

Para decidir, la Sala Constitucional tuvo que hacer malabarismos jurídicos y poder cambiar una supuesta “acción innominada de control de constitucionalidad” de normas constitucionales, lo cual de por sí es un disparate porque las normas constitucionales no pueden ser inconstitucionales; por una “acción de interpretación constitucional,” resolviendo “*in limine litis*,” sin procedimiento alguno y proceder a emitir “un pronunciamiento que involucre el control de la constitucionalidad respecto de las violaciones a los artículos 41 y 227” de la Constitución por parte de un grupo de ciudadanos, que habrían objetado la “nacionalidad venezolana por nacimiento, sin otra nacionalidad,” del Sr. Maduro, el solicitante. O sea que si alguien dijo que el Sr. Maduro no reunía los requisitos constitucionales de ser venezolano por nacimiento y no tener otra nacionalidad, según el solicitante ello sería una violación de la Constitución. Más disparate.

Y así, a base de disparates, la Sala Constitucional admitió la demanda, declarándose entonces competente para “conocer la “*acción innominada de control de la constitucionalidad*” intentada, considerando que la cuestión planteada era “de mero derecho que atañe al orden constitucional,” que no requería sustanciación, a pesar de que la cuestión de determinar la nacionalidad, como se dijo, es esencialmente una cuestión de hechos y de prueba; y de que como se reseñó en la propia sentencia, como motivación del Sr. Maduro de presentar la “demanda,” se trataba de que unos ciudadanos y diputados habían planteado sus dudas, y al menos por ello debieron ser citados para participar con argumentos en un contradictorio. Pero nada de eso ocurrió, y la Sala sin oír a nadie pasó a “decidir el fondo” del asunto.

Para ello, la Sala comenzó por hacer constar que en el expediente existía una copia del “acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros, remitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE), signada al dorso con el número 2823,” y también una copia “de la tarjeta alfabética” que le había remitido el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), identificado a Nicolás Maduro Moros, como titular de la “cédula de identidad N° V-5.892.464, y nacido en ciudad de Caracas, “parroquia la Candelaria el 23 de noviembre de 1962;” documentos que la Sala consideró como “fidedignos, legítimos y veraces,” considerando que de ellos “se evidencia de manera indubitada e incontrovertible” que el Sr. Maduro “nació, en efecto, en la ciudad de Caracas-Venezuela, el 23 de noviembre de 1962, con lo cual se demuestra que el referido ciudadano tiene de manera irrefutable la nacionalidad venezolana por nacimiento,” y agregó que del expediente que tenía, pero sin indicar cómo sacó esa conclusión ni porqué, “el mismo no posee otra nacionalidad.”

El acta de nacimiento mencionada y el registro de identidad, indicado, por supuesto que no tienen mención alguna que diga que la persona no tiene otra nacionalidad. Ello no puede aparecer en esos documentos, tratándose, por tanto, de una afirmación sin prueba ni fundamento.

La Sala luego pasó a considerar que como el Sr. Maduro había ejercido diversos cargos públicos que exigían ser venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad —independientemente de que reuniera o no los requisitos constitucionales para desempeñarlos—, ello por lo visto bastaba para considerar que conforme a los principios de “presunción de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y protección de la Nación,” y porque las “condiciones de elegibilidad fueron verificadas por el Poder Electoral y, en fin, estuvieron bajo el control del Estado en general,” entonces ello exigía que había que presumir que reunía los requisitos. Para el supuesto de que efectivamente no los hubiera reunido, el hecho de ocupar repetidamente cargos públicos sin reunirlos, lo que hubiera evidenciado más bien hubiera sido una conducta fraudulenta, que más bien habría atentado contra la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica, y ello no se habría subsanado por el solo transcurso del tiempo, o porque nadie lo hubiera advertido.

La Sala, además, pasó a considerar que en el ordenamiento venezolano “no es legítimo obligar a una persona a tener otra u otras nacionalidades, pues ello sería violatorio, inclusive, a la propia dignidad humana.” Por supuesto que nadie puede ser obligado a tener otra nacionalidad, y si por razón del lugar donde se nace o de la nacionalidad de los padres llega a adquirirla, lo que tiene que hacer la persona es simplemente renunciar a la nacionalidad que no se quiere usar. Y nada más.

La Sala, luego pasó a reducir el “derecho a la nacionalidad,” al “derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació” la persona, recurriendo entonces a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de 2004, para determinar que son documentos probatorios de la nacionalidad venezolana, no sólo “la partida de nacimiento,” sino la cédula de identidad, la Carta de Naturaleza, el pasaporte, y cualquier otro documento que, a juicio del órgano competente en materia de nacionalidad y ciudadanía, demuestre la nacionalidad venezolana. Y nadie lo duda que es así, pero nada de ello puede ser prueba de que no se tiene otra nacionalidad, de manera que, si se la adquiere por los hechos indicados, la única forma de probar que no se la tiene es mostrando que se renunció a ella.

A contrario, según la Sala, a pesar de lo que digan las Constituciones sobre nacionalidad, la nacionalidad solo se adquiere cuando se solicita u opta por ella, lo no es más que una muestra más de ignorancia. Es decir, para la Sala Constitucional, si la persona nacida en territorio venezolano es además por la nacionalidad de sus padres, nacional de otro país, en contra de todas las normas sobre la materia, incluso las de las Constituciones de los otros países, dicha nacionalidad solo se materializaría si la persona solicita o adquiere la otra nacionalidad.

Luego de dejar sentados estos principios, pasó la Sala a referirse a la “matriz de opinión que ha intentado posicionar un sector de actores políticos, según la cual el Presidente Constitucional de la República, ciudadano Nicolás Maduro Moros, ostenta además nacionalidad colombiana y, en fin, doble nacionalidad,” copiando al efecto declaraciones de periódicos de muchas personas, y haciendo referencia a las comunicaciones de directivos de la Asamblea Nacional dirigidas a altos funcionarios de Colombia, solicitándoles información sobre la nacionalidad del Sr. Maduro.

La Sala Constitucional también hizo referencia a la comunicación del Presidente de la Asamblea Nacional al mismo Nicolás Maduro de 12 de abril de 2016, en la cual le indicó que por comunicaciones que se le habían enviado en las que se sostenía que “habría nacido en territorio venezolano y que su filiación ascendente lo vincularía con la República de Colombia, al menos por la rama materna,” le requerían al Sr. Maduro que enviase a la Asamblea copia de “su partida de nacimiento y la documentación donde se compruebe que no posee doble nacionalidad,” precisando que:

“El mismo Maduro había “en numerosas oportunidades ha expresado públicamente ser venezolano por nacimiento, poseer la correspondiente acta de nacimiento que lo acredita como tal y no poseer otra nacionalidad, pero, extrañamente, no exhibe el instrumento público y de acceso al público que dice poseer ni tampoco demuestra no poseer doble nacionalidad, dando así pábulo a los comentarios extendidos sobre ambos casos que podrían fácilmente ser rebatidos con la exhibición de los documentos públicos mencionados.”³

³ Véase en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e81c681002e08bf1f07102b50b896a7af9a372b.pdf

La Sala Constitucional simplemente consideró, sin prueba alguna, que dicha comunicación de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, además de “infundada y temeraria,” buscaba un “efecto de carácter político,” de “generar en la opinión pública dudas infundadas” sobre la situación del Presidente, pasando la Sala con ese mismo criterio a transcribir en su sentencia las comunicaciones remitidas a las demás autoridades de Colombia requiriendo la misma información, y a hacer referencia a la comunicación recibida del Director del Servicio Nacional de Inscripción de la Dirección Nacional de Registro Civil de Colombia informando que en el Sistema de Información de Registro Civil de ese país, nada se había encontrado “sobre el registro civil de nacimiento de Maduro Moros Nicolás;” y además, a la comunicación de la Viceministra de Relaciones Exteriores de Colombia en la cual se informó que “no se encontró información relacionada, ni registro civil de nacimiento, ni cédula de ciudadanía que permita inferir que el presidente Nicolás Maduro Moros sea un nacional colombiano.”

Y así, luego de analizar el régimen de la nacionalidad y ciudadanía en las Constituciones de Colombia de 1886 y 1991, conforme al cual son colombianos por nacimiento, además de los nacidos en Colombia, los nacidos en el extranjero de padre y madre colombianos y que luego se domicilien en Colombia; y recordar que la propia Sala Constitucional en sentencia N° 300 del 27 de abril de 2016, había distinguido “la situación de una persona nacional con opción a otras u otras nacionalidades, que no la haya solicitado o adquirido,” de aquél que tenga “otra u otras nacionalidades;” pero sin sacar conclusión alguna de ello, la Sala Constitucional asombrosa y simplemente concluyó su sentencia afirmando pura y simplemente con “carácter vinculante y efectos *erga omnes*” que:

“Nicolás Maduro Moros, es, en efecto, ciudadano venezolano por nacimiento que no posee otra nacionalidad, tal como ha sido ampliamente acreditado a través de documentos oficiales e incontrovertibles expedidos por las máximas autoridades del registro civil venezolano.”

Para hacer esta afirmación de que el Sr. Maduro es “ciudadano venezolano por nacimiento,” la Sala Constitucional se apoyó en la prueba de la partida de nacimiento que le suministró el Consejo Nacional Electoral, pero cuidándose de no hacer referencia alguna a lo largo de su sentencia sobre quienes fueron sus padres y sobre la nacionalidad de los mismos, es decir, si eran venezolanos o colombianos. Esta circunstancia, por supuesto, para el caso de que efectivamente hubiera nacido en Venezuela, nada influía respecto de la primera determinación de la nacionalidad venezolana por nacimiento, pues se apoyaría en lo que observó la Sala de la partida de nacimiento suministrada por el Consejo Nacional Electoral, según la cual el Sr. Maduro habría nacido en Caracas, y así sería venezolano por nacimiento no teniendo importancia para ello, la determinación de la nacionalidad de los padres.

Pero para la segunda determinación de que Nicolás Maduro “no posee otra nacionalidad,” la Sala no podía afirmarlo simplemente, sin que hubiera habido actividad probatoria alguna, excepto solo si los padres de Nicolás Maduro hubiesen sido ambos venezolanos al momento de su nacimiento, porque si había nacido en el territorio venezolano y ambos padres eran venezolanos no había posibilidad de que por el nacimiento adquiriera otra nacionalidad.

Pero la Sala no se preocupó ni le interesó preguntarse sobre la nacionalidad de los padres del Sr. Maduro, ni de indagar si eran venezolanos o colombianos, para determinar si habría adquirido otra nacionalidad a través de ellos, y procedió a afirmar pura y simplemente sin haber argumentado nada al respecto, que el Sr. Maduro no posee otra nacionalidad, solo basado que había nacido en Caracas, lo que no era suficiente. Además, para esa afirmación sin fundamento, la Sala solo se refirió a que el Sr. Maduro había recibido de las autoridades de Colombia información de que no había registro civil de nacimiento, ni cédula de ciudadanía que permitiera considerar que Nicolás Maduro fuera un “nacional colombiano.” Eso, por supuesto, no era prueba de que no poseyera otra nacionalidad.

En realidad, para afirmar eso, la Sala debió haber analizado la nacionalidad de los padres del Sr. Maduro y determinar si eran o no venezolanos, de forma tal que si eran colombianos como se ha informado, la Sala debió determinar entonces mediante prueba que el Sr. Maduro con su familia no había fijado en tiempo alguno domicilio en Colombia, y por tanto, que no había adquirido la nacionalidad colombiana por nacimiento, la cual en esos casos, no se adquiere porque se quiera o no optar a ella o por solicitud, sino por el hecho de ser hijo de sus padres; y en caso de haberla adquirido, que había renunciado a la misma. Y todo ello, mediante los medios de prueba ordinarios.

Pero nada de ello ocurrió, y la Sala Constitucional, sin proceso ni prueba alguna, es decir, sin saber a ciencia cierta lo que estaba decidiendo, “decretó” que Nicolás Maduro no tenía otra nacionalidad distinta a la venezolana.

Por supuesto, con esta decisión, la pregunta más elemental que se puede formular es sobre ¿cuál fue en definitiva la “interpretación constitucional” adoptada en la sentencia respecto de los artículos 41 y 227 de la Constitución? Pues simplemente ninguna.

El hacer referencia a esas normas constitucionales no fue sino una simple excusa de la Sala Constitucional para proceder decir lo que se quería y que era decir, sin fundamento ni prueba alguna, que el Sr. Maduro no solo era venezolano por nacimiento, sino que tenía otra nacionalidad, y ello a pesar de hacer referencia insistente en la sentencia al régimen de la nacionalidad colombiana, pero omitiendo toda referencia a la nacionalidad de sus padres.

67. EL ACOSO POR PARTE DE LA “JUSTICIA” CONSTITUCIONAL CONTRA LA ASAMBLEA NACIONAL COMO ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN POPULAR

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 367-379.

Resumen: *Comentario sobre la sentencia N° 948 de 15 de noviembre de 2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual le ordenó a la Asamblea Nacional abstenerse de realizar cualquier actividad de control político sobre las faltas del Presidente de la República.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Podes de control.*

Abstract: *This comment refers to the decision N° 948 of November 15, 2016 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, through which it ordered the National Assembly to abstain to develop any action of political control regarding the faults of the President of the Republic.*

Key words: *National Assembly. Controlling powers.*

I. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 23 DE OCTUBRE DE 2016 DECLARANDO QUE EN EL PAÍS EXISTÍA UNA SITUACIÓN DE RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

El día 23 de octubre de 2016, después de las innumerables sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en combinación con el Poder Ejecutivo, cercenándole a la Asamblea Nacional todas sus facultades para legislar, para deliberar, para controlar y para ejecutar sus funciones como cuerpo elector de segundo grado de los titulares de los Poderes Públicos, todo en violación de la Constitución, la Asamblea Nacional, adoptó un “*Acuerdo para la restitución del orden constitucional en Venezuela*,” declarando:

“la ruptura del orden constitucional y la existencia de un golpe de estado continuado cometido por el régimen de Nicolás Maduro en contra de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el pueblo de Venezuela.”¹

Dicho Acuerdo lo adoptó la Asamblea basándose en el artículo 333 de la Constitución que consagra el derecho y el deber de todos los ciudadanos “de restablecer la efectiva vigencia de la Constitución,” teniendo como motivación directa el hecho de que se había producido cercenamiento del derecho ciudadano a la participación política mediante el ejercicio del derecho a revocar mediante referendo el mandato del Presidente de la República, a consecuencia de la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral del 20 de octubre de 2016, “sin fundamentos sólidos e inconstitucionalmente” para “arrebatarle el derecho a revocar al pueblo venezolano, comprometiendo la paz y la estabilidad de la nación.” En Acuerdo, además, tuvo como motivaciones específicas, el hecho de:

1. Que tres de los integrantes de dicho Consejo, habían sido nombrados por el Tribunal Supremo provisionalmente en diciembre de 2014; y que el desempeño que habían tenido la mayoría de los miembros de dicho cuerpo “conspira contra la democracia y revela una evidente parcialidad política.”

2. Que en diciembre de 2015 la anterior Asamblea había designado “de manera irregular y fraudulenta a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, violando la Constitución y el derecho de participación ciudadana,” quienes en su desempeño habían “terminado de dismantelar el Estado de derecho, subordinándose a las órdenes del Poder Ejecutivo.”

¹ http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_942a0ad957-b62f70d7429dca1375_d09-969c89d5f.pdf

3. Que aparte de estar en curso una investigación sobre la probable doble nacionalidad del Presidente de la República, la cual debía concluir a la brevedad; el mismo había “participado activamente en la ruptura del orden constitucional antes señalado,” existiendo, por tanto, fundadas razones para sostener que el mismo había “abandonado las funciones constitucionales de la Presidencia de la República.”

En virtud de la alteración del orden constitucional, la Asamblea en el ámbito internacional decidió en dicho Acuerdo,

“solicitar a la comunidad internacional la activación de todos los mecanismos que sean necesarios para garantizar los derechos del pueblo de Venezuela, en especial su derecho a la democracia,” en particular de los previstos en la Carta Democrática Interamericana.²

Y en el ámbito nacional, resolvió proceder manera inmediata y de acuerdo con los mecanismos constitucionales”

Primero, a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral en sustitución de los que “fueron nombrados provisionalmente en diciembre de 2014,” para “garantizar el respeto del derecho de los venezolanos a elegir, y la independencia de poderes y el respeto al estado derecho.”

Segundo, a la “designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, para garantizar el respeto del derecho de los venezolanos a elegir, así como la independencia de poderes y el respeto al estado derecho;”

Tercero, a “iniciar el proceso para determinar la situación constitucional de la Presidencia de la República y convocar a una sesión especial de la Asamblea Nacional para el próximo martes 25 de octubre, para evaluar y decidir sobre la materia.”

Cuarto, “exigir a la Fuerza Armada Nacional no obedecer ni ejecutar ningún acto o decisión que sean contrario a los principios constitucionales o menoscaben derechos fundamentales del pueblo de Venezuela, emanados del Poder Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.”

Quinto, “convocar al pueblo de Venezuela, en virtud de los preceptos constitucionales, en especial lo establecido en el art 333 de nuestra Constitución, a la defensa activa, constante y valiente de nuestra Carta Magna, de la democracia y el Estado de Derecho, hasta lograr la restitución del Orden Constitucional.”

II. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 25 DE OCTUBRE DE 2016, DECIDIENDO INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con la convocatoria formulada en el Acuerdo de 23 de octubre, en su sesión del 25 de octubre de 2017, la Asamblea Nacional considerando que se había producido en el país una “ruptura constitucional impulsada por el Presidente de la República,” adoptó el “*Acuerdo 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*, ”³ resolviendo citar al Presidente de la República:

“para que comparezca al Hemiciclo de Sesiones el día 1 de noviembre de 2016, a las 3:00 pm., a fin de que exponga sobre su posible responsabilidad por las graves violaciones a la Constitución, los Derechos Humanos y la Democracia ya señaladas, y por haber consolidado un modelo político-económico y social que por su estatismo, rentismo, burocratismo y corrupción ha ocasionado la devastación de la economía del país y, en particular, una enorme inflación y el estrangulamiento de la producción nacional, así como el desabastecimiento en el rubro de los alimentos y medicamentos e insumos médicos.”

² Debe recordarse que, en el mismo sentido, ya el 23 de junio de 2016 el Secretario General de la Organización de Estados Americanos había procedido a solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente de la OEA para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente, presentándoles el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana* de 30 de mayo de 2016. Véase el texto en: oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf. Igualmente, en el libro: *La crisis de la democracia en Venezuela, La OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro (2015-2016)*, IDEA, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016.

³ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/docd3f219591da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf>.

Entre las motivaciones de dicho Acuerdo, además de explicar la base constitucional para adoptarlo,⁴ estuvieron las siguientes razones:

Primero, que “el Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, ha gobernado, desde el 14 de enero de 2016, merced a un estado de excepción declarado y prorrogado al margen de la Constitución, sin la aprobación de la Asamblea Nacional, el cual ha ido cercenando progresivamente atribuciones parlamentarias inderogables y ha vulnerado derechos fundamentales;”

Segundo, que “dicho estado de excepción se ha prolongado mucho más allá de lo permitido por la Constitución (art. 338) y no ha podido estar sometido a controles parlamentarios efectivos, a causa de sentencias arbitrarias del Tribunal Supremo de Justicia que han menoscabado las facultades de la Asamblea Nacional en la materia, ni a los controles internacionales previstos en tratados de Derechos Humanos ratificados por Venezuela, tal como lo ha denunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;”

Tercero que “el Presidente de la República ha respaldado el desconocimiento por los Ministros y otros funcionarios públicos de las solicitudes de comparecencia emanadas de esta Asamblea Nacional o sus comisiones, y ha ignorado abiertamente la competencia parlamentaria de remover ministros mediante la aprobación de un voto de censura por la mayoría calificada de los Diputados de la Asamblea Nacional constitucionalmente establecida;”

Cuarto, que “el Presidente de la República se ha facultado a sí mismo para aprobar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, quebrantando flagrantemente el artículo 150 de la Constitución;”

Quinto, que “el estado de excepción ilícitamente en vigor ha conducido a una exacerbada concentración de poderes y a un gobierno por decreto que lesiona severamente la Democracia y favorece la corrupción;”

Sexto, que “en el marco del estado de excepción de facto que nos rige, el Presidente de la República ha omitido la presentación del proyecto de Ley de Presupuesto ante la Asamblea Nacional y ha acudido a la Sala Constitucional, que está a su servicio, para obtener la facultad de dictar mediante decreto las normas correspondientes en materia presupuestaria y de crédito público;”

Séptimo, que “no ha cesado e incluso se ha acrecentado la persecución política, de la cual el Presidente de la República es corresponsable;”

Octavo, que “el Presidente de la República ha consumado la supresión de la separación de poderes, lo cual ha permitido que, mediante una confabulación Ejecutivo Judicial constitutiva de un golpe de Estado, se haya suspendido la recolección de las manifestaciones de voluntad necesarias para la iniciativa constitucional del referendo revocatorio presidencial;”

Noveno, que “el Presidente de la República, valiéndose de los poderes ilimitados que ha conquistado a costa de la Constitución, ha acudido sistemáticamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para impedir, con criterios políticos, la entrada en vigencia de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional que hubieran contribuido a solucionar los problemas del país, gracias a la generación de transparencia en el manejo de las finanzas públicas, la facilitación de la cooperación internacional para la superación de la crisis humanitaria, la ampliación de los derechos sociales de los venezolanos y venezolanas y otras medidas benéficas para la población y la institucionalidad;”

⁴ En el Acuerdo se hizo mención, primero, a que la Constitución le -confiere a la Asamblea Nacional funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 187, numeral 3), las cuales son manifestación de la institucionalidad democrática que debe en todo momento ser preservada, de acuerdo con los artículos 2 y 333 de la Constitución y los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, adoptada con el voto favorable del Estado venezolano;- segundo, a -que dicho control puede conducir, entre otras consecuencias, a la aprobación de un voto de censura contra el Vicepresidente Ejecutivo o contra los ministros, a la autorización, cuando corresponda, del enjuiciamiento del Presidente de la República o a la declaración de su responsabilidad política (arts. 187, numeral 10, 240, 222, 246, y 266, numeral 2, de la Constitución);- tercero, a -que la declaración de responsabilidad política del Presidente de la República puede dar lugar a que se solicite al Poder Ciudadano el ejercicio de las acciones respectivas, sin perjuicio de que se requiera al Ministerio Público el inicio de las investigaciones referidas a los delitos que puedan haberse cometido;- cuarto a -que el Presidente de la República, a tenor de la Constitución, -Está obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República-, y que -La declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad...- (art. 232).-

Décimo, que “en medio de estas graves violaciones a los principios democráticos y a los derechos humanos, propugnadas por el Presidente de la República, se ha agudizado la crisis económica y humanitaria que aqueja al país en todos los órdenes;”

Décimo primero, que “en materia cambiaria la depreciación de la moneda, desde enero 2016 al 19 de julio de 2016, es de un 212.8%, es decir, que la tasa de cambio para el mes de enero se ubicaba en Bs. 199.5 por dólar, y para el mes de julio se ubicó en Bs. 642.2 por dólar, según el SIMADI (DICOM), siendo mayor esta devaluación en el dólar paralelo;”

Décimo segundo, que “el índice de inflación durante el Gobierno del Presidente Nicolás Maduro Moros, según cifras del Banco Central de Venezuela, entre los años 2013 y el 2015, en el rubro de los alimentos, se incrementó en un 1.259 %, y en materia de salud, en 253%, para una inflación acumulada de 585%, y que en el año 2016 se proyecta una inflación superior al 700 %;” y

Décimo tercero, que “en materia social, la canasta alimentaria familiar para el mes de enero de este año se ubicaba en Bs. 106.752,72, y para el mes de septiembre se encontraba en Bs. 405.452,00, observándose un incremento anualizado de al menos 680%, lo cual se traduce en que se necesitan más de 18 salarios mínimos para cubrir la canasta por cada familia venezolana.”

Con base en las motivaciones del acuerdo, la Asamblea nacional procedió a encomendar a la Comisión Especial de Alto Nivel Parlamentario que había sido designada el 23 de octubre de 2016, para “evaluar la posibilidad de que esta Asamblea Nacional declare el abandono del cargo por el Presidente de la República, así como su posible responsabilidad penal.

La Asamblea nacional, finalmente en el Acuerdo ratificó

“su compromiso con la restitución del orden constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, pues la inobservancia de esta se produce no solo por medio de un hecho de fuerza contra la institucionalidad en sentido clásico, sino también cuando el Presidente de la República hace uso de su autoridad civil y militar para socavar la Constitución.”

III. LA SENTENCIA N° 948 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016, PROHIBIENDO A LA ASAMBLEA NACIONAL EJERCER SUS FUNCIONES DE CONTROL POLÍTICO CONFORME A LO DECIDIDO EN EL ACUERDO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016

Luego de la adopción del Acuerdo mencionado, el 9 de noviembre de 2016, Procurador General de la República acudió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para interponer una “acción de amparo constitucional [...] contra las actuaciones de hecho y amenazas proferidas por el parlamento en contra de los Poderes Públicos, la democracia y el sistema republicano, amenazas contra la estabilidad y paz de la República, así como las actuaciones y amenazas contenidas en el Acto Parlamentario de fecha 25 de octubre de 2016,” y en particular, pero sin indicar quién era el supuesto agraviado, ni cuáles eran los derechos o garantías constitucionales que se denunciaban como supuestamente violados, contra:

el “*Acuerdo 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* y en contra de las amenazas graves proferidas desde el Órgano Legislativo que tienen una clara intención de provocar hechos de violencia que pondrían en peligro la integridad del Patrimonio de la República e incluso de sus habitantes; siendo urgente y necesaria, ante la situación planteada, con el fin de dar correcta dimensión y sentido a nuestra Carta Magna, obtener un mandato de amparo constitucional por parte de ese Máximo Tribunal”.

Más adelante en su escrito, el Procurador General de la República, pareció cambiar la naturaleza de su acción, pasando de una acción de amparo a una acción de nulidad, al indicar que solicitaba que la “Sala Constitucional revise la validez del acuerdo objeto de la presente acción de nulidad y emita un pronunciamiento expreso que permita la efectiva concretización de la administración de justicia,” denunciando un conjunto de supuestos “vicios de inconstitucionalidad,” del acto cuestionado, entre ellos, *primero*, el de “falso supuesto de derecho” al considerar que supuestamente el Presidente de la República no podía ser sujeto de control político parlamentario (art. 222 de la Constitución), pues el mismo supuestamente

“no es funcionario público de carrera, ni de libre nombramiento y remoción, ni es funcionario de alto nivel. El Presidente de la República ejerce un cargo de elección popular y le corresponde dirigir la Administración Pública en su condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.”

El Procurador acusó ante la Sala Constitucional, al Parlamento, de supuestamente tratar de propugnar la creación de

“una matriz” de opinión sobre “inicio de un supuesto “juicio político” al Presidente de la República, tesis que, mediáticamente, sería fácil de inocular en los ciudadanos habida cuenta de los recientes acontecimientos en la vecina República del Brasil, cuya constitución sí establece la posibilidad de abrir a la máxima autoridad del Ejecutivo Nacional un *impeachment* o juicio político.”

Concluyendo el Procurador con la afirmación de que

“la Asamblea Nacional, temerariamente, incurre en un falso supuesto de derecho, cuando intenta aplicar una figura de juicio político al Presidente de la República que no existe en la Constitución ni en el resto del ordenamiento jurídico venezolano, pretendiendo utilizar como fundamento normas referidas a otras instituciones jurídicas sólo aplicables a distintos funcionarios, en distintas circunstancias, como hemos demostrado en este punto.

El segundo vicio del Acuerdo parlamentario denunciado por el Procurador fue el de “usurpación de funciones” por incompetencia manifiesta de la Asamblea para adoptar el Acuerdo impugnado.

El tercer vicio denunciado, como “el más grave y evidente” fue el de “desviación de poder” en el cual habría incurrido la Asamblea al adoptar el Acuerdo impugnado, evidenciado según el Procurador en “la actuación de la Asamblea Nacional a partir del 5 de enero de 2016” la cual

“Incluso antes del indicado inicio del primer período de sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, ya en noviembre y diciembre de 2015, y a manera de oferta electoral, los diputados de los partidos políticos opuestos al partido de Gobierno prometieron a sus electores la “salida” del actual Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, de su cargo constitucionalmente otorgado por el pueblo venezolano. Varias fueron las fórmulas ofrecidas, desde la “renuncia forzada”, hasta el referéndum revocatorio, pasando por la inhabilitación en razón del incumplimiento del requisito de nacionalidad venezolana exclusiva o por abandono del cargo por incumplimiento de sus funciones.”

Luego se refirió el Procurador, a las múltiples decisiones adoptadas por la Sala Constitucional durante todo el año en contra de la Asamblea Nacional, muchas “incluso con fines didácticos, a fin de evitar el quebrantamiento de normas y principios constitucionales,” y todas, según el Procurador:

“emitidas por el órgano habilitado constitucionalmente de manera exclusiva y excluyente para ello, por lo que las actuaciones contrapuestas a ellas son, definitivamente, antijurídicas y carentes de validez alguna para el campo del Derecho, así como su interpretación, fuera del ámbito del órgano constitucionalmente habilitado para ello, resultan en meras opiniones o disidencias mediáticas.”

Por último, el Procurador General se refirió a:

“Las recurrentes oposiciones del Legislativo Nacional a las actuaciones del resto del Poder Público, y en especial a las del Ejecutivo Nacional, y el reciente Acuerdo, de fecha 25 de octubre de 2016, evidencian un grave exceso en el ejercicio de las funciones de control que la Constitución Nacional ha otorgado a la Asamblea, órgano que no ha atinado en comprender el funcionamiento del control de poder dibujado en la Constitución como un mecanismo de pesos y contrapesos que alcanza la “circularidad” entre los cinco Poderes, impidiendo a cada uno de ellos que, por sí solo, pueda suprimir o anular a otro, u otros.

La máxima expresión de este desatino ha sido la oferta de juicio político y destitución del Presidente de la República (...) en un sólo acto desprovisto de los más elementales visos de juridicidad, racionalidad o lógica.”

Siguió luego en su escrito el Procurador refiriéndose a las actuaciones de la Asamblea Nacional, antes y después del Acuerdo que impugnaba, como elementos que a su juicio evidenciaban una desviación de poder de parte del Parlamento, realizadas, señalando que:

“Casi en términos de negociación secuestrador-rehén, a partir del Acuerdo impugnado, rápidamente la Asamblea Nacional organizó sus vocerías, en coordinación con líderes políticos que no ostentan cargos públicos, e incluso gobernadores y alcaldes opuestos al partido de Gobierno, y elaboró un pliego de “exigencias”, entre las cuales se encuentran: 1) Retomar el Referéndum Revocatorio o pactar un adelanto de las elecciones presidenciales; 2) Celebración en el corto plazo de las elecciones en los Estados cuyos Diputados están siendo investigados por el Poder Judicial; 3) Cambio de los Rectores del CNE que tienen el período vencido y 4) la inmediata liberación de los presos políticos.”

En cuanto al Acuerdo del 23 de octubre de 2016, el Procurador lo consideró como “uno de sus más irracionales, antijurídicos y desproporcionados actos” de la Asamblea, y como “el mejor ejemplo de las intenciones veladas tras un actuar presuntamente formal y legal,” al declarar “la ruptura del orden constitucional y la existencia de un golpe de estado cometido por el régimen de Nicolás Maduro.”

Todo ello, a juicio del Procurador se configuró el vicio de desviación de poder, solicitándole a la Sala que:

“dicte aquellas medidas que considere necesarias para proteger, tanto a la ciudadanía en general como al sistema democrático de la República Bolivariana de Venezuela, de las amenazas inminentes proferidas desde la Asamblea Nacional”.

Agregando finalmente que la acción intentada que volvió entonces a calificar como de “amparo constitucional,” “se fundamenta principalmente en el hecho de que los actos emanados de la Asamblea Nacional mientras ésta se encuentre en desacato de las decisiones del Poder Judicial, son absolutamente nulos y así lo ha señalado expresamente esa Sala Constitucional en sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,” solicitando que las “medidas de amparo constitucional” tuvieran como objeto:

1. “Evitar que la Asamblea Nacional reincida en actuaciones como la impugnada, así como en otras actuaciones con apariencia de actos con efectos jurídicos dirigidos a obtener por la vía de los hechos el control de los Poderes Públicos o la imposición de conductas con fines particulares de miembros de la Directiva y demás diputados de dicho órgano legislativo nacional, afectos a la situación de confrontación con todos los Poderes Públicos.

2. Evitar que voceros de la Asamblea Nacional y otros actores o voceros políticos, emitan opiniones y convoquen a actividades que pretendan atentar contra la paz de la República, generar violencia y pérdidas humanas y materiales para la Nación. Entre ellas, movilizaciones hacia zonas declaradas de seguridad conforme a la Ley, y en las cuales funcionan los Poderes Públicos.

3. Evitar que voceros de la Asamblea Nacional y otros actores o voceros políticos, convoquen a movilizaciones o actos de masas dirigidos a realizar llamados al desconocimiento o agresión de los Poderes Públicos o sus actuaciones.

4. Prohibir a los medios de comunicación social la retransmisión o transmisión en diferido de las informaciones relacionadas con los hechos contemplados en los puntos anteriores.

5. Ordenar al Ejecutivo Nacional tomar las previsiones necesarias para el resguardo de la integridad física de los ciudadanos que laboran en las distintas oficinas del sector público a cuyas sedes recurrentemente incitan a movilizarse voceros políticos, así como de las instalaciones y bienes que se encuentran en dichas sedes.”

La Sala Constitucional, ante la acción interpuesta, luego de analizar las previsiones constitucionales y el desarrollo jurisprudencial sobre la acción de amparo y, en consecuencia, el tema de la ausencia de legitimación activa procesal alguna del Procurador para intentar dicha acción, procedió a dictar la sentencia N° 948 de 15 de noviembre de 2016,⁵ para lo cual tuvo con toda imprecisión que cambiar la naturaleza de la misma, por una acción de nulidad, argumentando que:

“en atención a los postulados *pro actione* y tutela del orden público constitucional, se observa que la presente acción se compagina, ante todo, con una pretensión de nulidad de actos emanados de la Asamblea Nacional, conjuntamente con una solicitud de tutela constitucional dirigida a evitar que ese órgano legislativo reincida en actuaciones contrarias al orden constitucional.”

Sin embargo, agregó la Sala que:

“Ciertamente, en principio, los legitimados activos para ejercer la acción de amparo son las personas físicas naturales y las personas jurídicas o morales particulares no estatales. Pero el Estado y sus personas jurídicas, a través de los órganos que las representan, pueden ejercer la acción con base en sus potestades y atribuciones cuando estén en grave riesgo derechos y principios de eminente orden público constitucional, que puedan afectar a la colectividad que están obligados a defender y proteger.”⁶

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/192486-948-151116-2016-16-1085>. HTML

⁶ Para ello, la Sala Constitucional citó su sentencia N° 1395 del 21 de noviembre de 2000, precisando que: *-Por tanto, el objeto del amparo es la tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, lo cual comprende los derechos enunciados por la Constitución, algunos de los cuales se encuentran fuera de su Título III (vid., por ejemplo, los artículos 143, 260 y 317 de la Constitución), así como los consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, y cualquier otro que sea inherente a la persona humana. Lo dicho no implica restringir la noción de derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales, pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Incluso las personas jurídicas de Derecho Público pueden ostentar algunos de esos derechos.-*

Terminando, de todo ello, declarando su competencia para conocer, no de la acción de amparo intentada, ni de la acción de nulidad deducida, sino de “la presente *demanda de protección constitucional*, en los términos planteados,” admitiéndola pura y simplemente, calificándola luego como “demanda de tutela constitucional,” en la cual señaló que: “están involucrados valores constitucionales fundamentales, derechos y garantías constitucionales, bienes e intereses, incluso patrimoniales, de la República, la estabilidad de la Nación y, por ende, el orden público constitucional.”

La Sala para conocer de la acción, después de reconocer, conforme a las normas que rigen la actuación de la Procuraduría General de la República, su competencia para “demandar la nulidad de cualquier acto de los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, e, inclusive, puede intentar acciones de amparo constitucional contra personas naturales o jurídicas que quebranten los bienes, derechos e intereses de la República,” pasó a referirse a su anterior sentencia N° 808, el 02 de septiembre de 2016, mediante la cual, la Asamblea Nacional declaró, “entre otros pronunciamientos, 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.” Ello, en virtud del desacato por parte de la Asamblea Nacional, derivado:

“de la nueva juramentación e incorporación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como Diputados de dicha Asamblea Nacional (28-07-2016); en una clara y manifiesta rebeldía al mandato judicial contenido en el acto de juzgamiento N° 260, del 30 de diciembre de 2015, que dictó la Sala Electoral de este Supremo Tribunal; desobediencia ésta que fue declarada por esa Sala, en una primera oportunidad, el 11 de enero de 2016 (s SE N° 1), siendo admitida y corregida, el 13 de ese mismo mes y año, por ese órgano encargado de la función legislativa mediante la desincorporación de los referidos ciudadanos (ver sentencia N° 3 del 14 de enero de 2016).

La Sala mencionó también en su sentencia, la nueva sentencia de la Sala Electoral que había declarado “un nuevo desacato a sus fallos precedentes sobre esta materia, en sentencia N° 108 del 01 de agosto de 2016,” concluyendo en que a pesar de su sentencia N° 808 de 2 de septiembre de 2016, la Asamblea Nacional “en una acción sin precedentes en la historia republicana,” había emitido:

“varios acuerdos, en una manifestación de continua rebeldía ante dicho acto de juzgamiento y en desdén del ejercicio de las funciones propias de cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público y del principio de colaboración entre ellos para el logro o realización de los fines de la República, manteniendo la incorporación de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como integrantes de dicho cuerpo, sin que se hubiere resuelto el fondo de la controversia o se hubiere revocado la medida impuesta para asegurar la resultas del proceso.”

En particular, refiriéndose al Acuerdo impugnado, la Sala constató que “fue dictado en evidente desacato a los actos de juzgamiento dictados tanto por esta Sala Constitucional como por la Sala Electoral de este Supremo Tribunal, por ende, en flagrante violación a la garantía del derecho constitucional a la tutela judicial eficaz, derivada de la falta de acatamiento de órdenes contenidas en varias decisiones judiciales,” pasando a revisarlo, analizarlo y decidir sobre el mismo y sobre los otros actos dictados en ejecución del mismo, como actos “parlamentarios” sin forma de ley, declarando que “fue dictado en franco desacato de decisiones judiciales emanadas de este Máximo Tribunal de la República,” reiterando la declaración que hizo en la sentencia N° 808, del 02 de septiembre de 2016, de que:

“los actos que están ocurriendo en la Asamblea Nacional, mientras se mantenga como hasta ahora en desacato de las decisiones de este Alto Tribunal y en especial de esta Sala Constitucional, máxima garante de la Constitución como norma suprema, son absolutamente nulos y carentes de efectos jurídicos, como antes se ha declarado.”

Como el Procurador denunció en su acción, la amenaza por parte de las actuaciones de la Asamblea Nacional contra “el mantenimiento del orden público, la seguridad personal de los ciudadanos (en especial de los funcionarios públicos) y de la preservación de las edificaciones e instalaciones públicas...”, pasó a considerar el alegato de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (que la amenaza sea inminente), considerando que por hecho notorio comunicacional se podía considerar que “la amenaza denunciada es real e inminente,”⁷ particularmente en

⁷ A tal efecto, la Sala hizo referencia a sus sentencias respecto del hecho notorio comunicacional, y los efectos jurídicos que el mismo genera, N° 98 del 15 de marzo de 2000, caso: -Oscar Silva Hernández-, ratificada en el fallo N° 280 del 28 de febrero de 2008, caso: -Laritz Marciano Gómez.-

cuanto a lo que habían anunciado algunos diputados sobre “despojar al actual Gobierno Constitucional del Poder...”, razón por la cual procedió “como garante de los principios, derechos y garantías constitucionales, así como en ejercicio de la atribución de protección a la Constitución,” a dictar un mandamiento de amparo cautelar para garantizar la paz del pueblo y la estabilidad democrática de las instituciones, frente a los presuntos hechos y amenazas denunciados por el accionante,” en los siguientes términos:

“4.1. *Ordena a las diputadas y diputados de la asamblea nacional abstenerse de continuar con el pretendido juicio político* y, en definitiva, de dictar cualquier tipo de acto, sea en forma de acuerdo o de cualquier otro tipo, que se encuentre al margen de sus atribuciones constitucionales y que, en fin, contrarie el Texto Fundamental, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.

4.2. *Prohíbe* convocar y realizar actos que alteren el orden público; instigaciones contra autoridades y Poderes Públicos, así como otras actuaciones al margen de los derechos constitucionales y del orden jurídico.”

La anterior decisión, se adoptó, entonces, por la Sala Constitucional,⁸ al conocer de una “acción de protección constitucional,” que como tal no existe en el ordenamiento jurídico, siendo ello solo una denominación genérica que podría aplicarse a muchas acciones (amparo, nulidad por inconstitucionalidad, omisión inconstitucional, contencioso administrativo de anulación por inconstitucionalidad), en un proceso contra la Asamblea Nacional, llevado a cabo en violación al debido proceso, por no haberse citado a los representantes de la institución y sin que se hubiese garantizado su derecho a la defensa. En dicho proceso, la sala, por otra parte, dictó medidas de amparo cautelar, pero sin que se indicase cuál era el derecho o garantía constitucional que se hubiese denunciado como violado, quién era la persona agraviada y cómo habría quedado acreditada la “legitimación” activa del Procurador General de la república para intentar la acción.

IV. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL MISMO DÍA 15 DE NOVIEMBRE DE 2016, EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y REPUBLICANOS, ADOPTADO CON MOTIVO DE LA SENTENCIA N° 948 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA MISMA FECHA

El mismo día 15 de noviembre de 2016, la Asamblea Nacional adoptó un “Acuerdo en defensa de los principios democráticos y republicanos, con motivo de la sentencia N° 948 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,”⁹ en el cual, para refutar las órdenes adoptadas en la sentencia, rechazó dicha sentencia “por ser contraria a los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional,” con base, entre otros, en los siguientes motivos:

Primero, que la actuación de esta Asamblea Nacional al dictar el Acuerdo cuestionado “se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 222 de la Constitución,” en cuanto a que en ejercicio del control parlamentario, la misma puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, incluida la del Presidente de la República por sus actos y por el cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo (art. 223), siendo totalmente infundado el alegato del Procurador General de la República de que el Presidente de la República no es un funcionario público. Al contrario, indicó la Asamblea, el Presidente de la República es incuestionablemente un funcionario público, encargado de dirigir la acción de Gobierno, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226 de la Constitución, que como todo funcionario público es responsable y que esta Asamblea Nacional sí tiene atribuida expresamente la función de control sobre el Gobierno (artículo 187, numeral 3 de la Constitución), en ejercicio de la cual puede declarar la responsabilidad política del mismo.

Segundo, que la Sala Constitucional, en su sentencia, “insiste en desconocer la legitimidad de la Asamblea Nacional y de los representantes del electorado del estado Amazonas, invocando la sentencia cautelar dictada por la Sala Electoral el 30 de diciembre de 2015, sin siquiera mencionar el retardo procesal, la violación al debido proceso, denegación de justicia y violación del derecho a la participación política del electorado del estado Amazonas, en que ha incurrido esa Sala Electoral, al omitir la tramitación y decisión definitiva oportuna, en el juicio seguido con motivo de la impugnación de las elecciones parlamentarias en el estado Amazonas.”

⁸ Véase sobre la sentencia, la Nota de prensa de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2016, en <http://www.lapattilla.com/site/2016/12/15/tsj-declara-nulo-e-ineficaz-juicio-politico-de-la-an-contra-maduro/>

⁹ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documen-tos/doc2927f376d002f85132bf39b7d129fb36416d886c.pdf>

Tercero, que la Sala Constitucional con la nueva decisión adoptada “pretende una vez más hacer nugatorio el ejercicio de las funciones del Poder Legislativo Nacional e impedir un mecanismo de control expresamente atribuido a la Asamblea Nacional, desconociendo lo dispuesto en la Constitución, por cuya supremacía, vigencia y aplicación efectiva debe velar,” contraviniendo “las previsiones constitucionales sobre las atribuciones de la Asamblea Nacional,” atentando “contra el derecho de los ciudadanos a la participación política, al ser los diputados sus representantes, elegidos democráticamente y a través de quienes ejercen su soberanía,” y apartándose de “su función de garante de las normas y principios constitucionales,” lo que ha hecho es “tergiversar la Constitución y adecuar su interpretación a las pretensiones del Ejecutivo Nacional;”

Cuarto, que “el Presidente de la República Nicolás Maduro Moros en declaraciones públicas se refirió ayer cínicamente a la sentencia de la Sala Constitucional, calificándola de expresión de un sano sistema constitucional, cuando lo cierto es que la misma es una clara evidencia del activismo político de sus magistrados, circunstancia que compromete la autoridad de la sentencia, por falta de objetividad e independencia del órgano jurisdiccional, condición intrínseca de la función judicial;”

Quinto, que por la ilegitimidad de la designación de los magistrados, la “sentencia, como todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia con posterioridad a la decisión adoptada por la Asamblea Nacional el 14 de julio de 2016,” (mediante la cual se produjo la “declaratoria de nulidad de los nombramientos de tres de los magistrados que actualmente la componen”), están incursas en la causal de invalidación prevista en el numeral 6 del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil,” por haber sido dictadas por “Juez que no haya tenido nombramiento de tal, o por juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal;”

Sexto, que “la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en absoluta contravención a su razón de ser y a los principios más elementales del Estado de derecho y de la democracia, ha declinado su función de garante de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales para servir a los intereses del Poder Ejecutivo;”

Séptimo, que con la sentencia que motivó el Acuerdo, “se pretende prohibir el ejercicio del derecho fundamental a la manifestación, expresamente consagrado en el artículo 68 de la Constitución y que sistemáticamente el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Constitucional y de la Sala Política Administrativa en sentencia N° 840 de fecha 27 de julio de 2016, han pretendido criminalizar e impedir, en lugar de garantizarlo y velar por su efectiva vigencia, como corresponde a las instancias jurisdiccionales;”

Octavo, que el artículo 333 de la Constitución, “coloca por encima del Ejecutivo Nacional y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a los ciudadanos, investidos o no de autoridad, imponiéndoles el deber constitucional de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución, cuando la misma dejare de observarse por cualquier medio que fuere.”

Con base en estos motivos, la Asamblea Nacional, resolvió entonces ratificar su compromiso, “como representante de los electores que eligieron a los diputados que actualmente la integran, en la defensa de los principios republicanos y democráticos establecidos en la Constitución,” manteniéndose “firme en el ejercicio de sus atribuciones, en beneficio de los intereses del pueblo” (artículos 187, 199, 201, 222 y 223 Constitución), rechazando “la criminalización de la protesta y a la negación del derecho a la manifestación pacífica y a la participación política de los ciudadanos, por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.”

La Asamblea, además, acordó “condenar el activismo político y la “falta de independencia de los magistrados” de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la injerencia del Presidente de la República Nicolás Maduro Moros en el ejercicio de la función jurisdiccional y exhortarlos a garantizar la paz y la estabilidad democrática en el país, adoptando decisiones que se ajusten al verdadero sentido de las normas y principios constitucionales.”

V. EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2016, SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y CRISIS DEL SISTEMA ELECTORAL

Con fecha 15 de diciembre de 2016, y como consecuencia de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1086 del 13 de diciembre de 2016, mediante la cual designó inconstitucionalmente a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, la Asamblea Nacional adoptó un *Acuerdo sobre la violación*

de los derechos políticos y crisis del sistema electoral,¹⁰ considerando que con ello, había violado abiertamente la Constitución, negándole a los ciudadanos su derecho a participar en los asuntos públicos, en particular en el Comité de Postulaciones Electorales para designación de dichos rectores principal.

En particular, la Asamblea Nacional consideró que a los fines de la designación de las rectoras del Consejo Nacional Electoral, a quienes efectivamente corresponde sustituir, la propia Asamblea había procedido oportunamente a convocar y constituir el Comité de Postulaciones Electorales, y a tal efecto, había recibido la lista de los ciudadanos seleccionados como elegibles por ese Comité de Postulaciones Electorales, habiendo cumplido los trámites para decidir las nuevas designaciones, a partir de la lista de postulados por las Universidades Nacionales, sin que pudiera argumentarse omisión de ningún tipo,” concluyendo en consecuencia que: “la Sala Constitucional, al proceder arbitrariamente y sin fundamento jurídico a reelegir a las rectoras principales del Consejo Nacional Electoral, que tienen el período vencido, viola la Constitución, pretende desconocer la autoridad de este cuerpo parlamentario y atenta contra los principios y valores constitucionales de la democracia participativa y protagónica.”

Como consecuencia, en el Acuerdo mencionado, la Asamblea Nacional al reivindicar “la potestad exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional para designar rectores del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el artículo 296 de la Constitución,” rechazó:

“por usurpación de funciones y de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, la írrita sentencia 1086 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de diciembre, en virtud de la cual se designan, de manera inconstitucional, los rectores del Consejo Nacional Electoral correspondientes a los que deberían ser postulados por la Universidades Nacionales y por el Poder Ciudadano, y en este sentido desconocer dicha decisión por contrariar los principios constitucionales y violar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.”

Como consecuencia, la Asamblea decidió proceder a concluir el procedimiento para la designación de los mencionados funcionarios para el período 2016-2023 a partir de lo establecido en el Informe Final que le había presentado en fecha 5 de diciembre de 2016 el Comité de Postulaciones Electorales.

¹⁰ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documen-tos/doc5006dd9fd88327ee986c9907cef8bf805d7eab41.pdf>

68. NUEVO SECUESTRO DEL DERECHO DEL PUEBLO A LA REALIZACIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO PRESIDENCIAL PERPETRADO POR LA SALA ELECTORAL, ALGUNOS TRIBUNALES PENALES Y EL PODER ELECTORAL

Revista de Derecho Público, N° 147-148, julio-dic. 2016,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 384-406

Resumen: *El presente comentario analiza la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que restringió inconstitucionalmente el ejercicio del derecho a referendo revocatorio presidencial, y de las sentencias de varios tribunales penales que suspendieron en forma indefinida la realización del mismo.*

Palabras Clave: *Referendo Revocatorio. Condiciones.*

Abstract: *This comment refers to the decision N° 147 of October 17, 2016 of the Electoral Chamber of the Supreme Tribunal in which it established unconstitutional conditions for the repeal presidential referendum, and to the criminal jurisdiction tribunals that indefinitely suspended such referendum.*

Key words: *Repeal referendum. Conditions.*

En octubre de 2016, se secuestró definitivamente en Venezuela el derecho ciudadano a la realización del referendo revocatorio presidencial que garantizan los artículos 6, 70 y 72 de la Constitución, por parte del Poder Judicial, mediante una combinación de dos grupos de decisiones: *por una parte*, la decisión adoptada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de octubre de 2016 de exigir, contrariando la Constitución, que el veinte por ciento de las firmas de respaldo para la convocatoria del referendo revocatorio del Presidente de la República, que había previsto el Consejo Nacional Electoral que se realizara los días 26 al 28 de octubre de 2016 se debía cubrir en todos y cada uno de los estados y el Distrito Capital, individualmente, y no solo a nivel global en la circunscripción nacional; y segundo, la decisión cautelar adoptada por varios tribunales nacionales, al unísono, en diversas circunscripciones de la República, de suspender temporalmente, lo que en términos reales es *sine die*, la realización misma de dicho proceso de recolección de firmas prevista para los días 26 al 28 de octubre de 2016, las cuales fueron inmediatamente “acatadas” por el Poder Electoral.

Con estas decisiones se manifiesta la voluntad del régimen de que en Venezuela no se realizará referendo revocatorio alguno.

I. LA ACTUACIÓN DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Después de todos los obstáculos que durante todos los primeros meses de 2016 puso a la realización del referendo revocatorio el Consejo Nacional Electoral, la primera intervención del Poder Judicial en contra de la realización del referendo revocatorio que debió realizarse en 2016 se produjo mediante la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dictada al decidir un recurso de “interpretación” de los artículos 15 y 29 de las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular,” de 18 de diciembre de 2007¹ (en lo adelante *Normas de 2007*) ejerciendo la competencia que tiene conforme al 31.5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En dicha sentencia se decidió, sin que la Sala efectivamente “interpretara” lo que se le pidió, y contrariando lo establecido tanto en el artículo 72 de la Constitución como en las normas supuestamente “interpretadas,” que

¹ Véase en *Gaceta Electoral* N° 405 de fecha 18 de diciembre de 2007.

“la convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República. La falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial”.

Es decir, con esta sentencia, la Sala Electoral, sin argumento ni razonamiento alguno, mutando la Constitución, simplemente dijo que el artículo 72 de la misma no dice lo que dice; pues lo que dice está muy alejado de lo resuelto en la sentencia. La norma en efecto, dispone claramente en cambio, que la iniciativa popular para el referendo revocatorio de mandato el Presidente de la República, quien es electo en la circunscripción nacional, debe estar respaldada por “*un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción,*” es decir, en la circunscripción nacional, lo que implica que es ese porcentaje de todo el Registro o padrón electoral globalmente considerado y no de los electores o electoras inscritos “*en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República.*”

Tan absurda es la sentencia que lo que faltaría por preguntarle a su Ponente, es ¿Por qué impuso que esta inconstitucional limitación se materializara a nivel de estados y del Distrito capital, y no exigió, para promover la participación política, que se materializara en lo que la Constitución considera como la unidad política primaria de la organización nacional, que es el Municipio (art. 168), disponiendo así que la recolección de firmas se hubiese hecho en el porcentaje del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos, no en los estados, sino *en todos y cada uno de los Municipios de la República?*

Como fundamento de esta absurda sentencia, la Sala dijo lo que es obvio, que:

“La etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad no puede ni debe confundirse con el referéndum en estricto sentido, en el cual sí participa la totalidad del padrón electoral, universalidad que abarca a todos los electores tanto a los que apoyan la revocatoria del mandato como a aquéllos que aspiran a ratificar en el cargo al funcionario electivo sometido a la consulta popular. La recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito.”

Ello es cierto, pero no para ignorar que el referendo de revocación de mandato de un funcionario electo en la circunscripción nacional, como lo es el Presidente de la República, lo que exige es precisamente asegurar la participación de la totalidad del electorado, en dicha circunscripción nacional.

Precisamente por ello, la Sala Electoral fue la que no debió confundir la etapa de recolección de las manifestaciones de voluntad para la revocación según cargos electivos: nacionales, estatales y municipales, respecto de los cuales la Constitución y las Normas del Consejo Nacional Electoral lo que exige es recolectar el veinte por ciento de las firmas de electores en la respectiva circunscripción nacional, estatal o municipal, según que se trate de un electo nacionalmente, en un estado o en un municipio; y simplemente eliminar la existencia de la circunscripción nacional para la elección y revocación del Presidente de la República.

Un Presidente de la República se elige cuando el candidato haya “obtenido la mayoría de votos válidos” en la circunscripción nacional de toda la República (art. 228), por lo que para revocarle el mandato, la solicitud debe estar respaldada igualmente por un veinte por ciento de electores en toda la República, independientemente de que el porcentaje se refleje en cada estado, en cada municipio o en cada centro electoral de recolección de firmas, no habiendo base alguna en la Constitución para exigir que en cada una de las circunscripciones electorales de cada Estado y del Distrito Capital tenga que estar respaldada por el 20% de los electores inscritos en cada una de esas circunscripciones.

Ello, simplemente se aparta de lo que exige la Constitución, y lo más grave es que se ha hecho en una sentencia que es nula por simplemente carecer de “motivación,” en la cual lo que se expresa es solo la opinión de los jueces sobre lo que quisieran que dijera la Constitución, pero que no lo dice.

II. EL GOBIERNO DE MANDATOS REVOCABLES

El artículo 6 de la Constitución venezolana de 1999 establece que el gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen, es decir, básicamente de la República, los estados y los municipios, “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

La revocación de los mandatos de elección popular, por tanto, de acuerdo con la Constitución, debería ser de la esencia del sistema de gobierno de Venezuela, para lo cual se lo consagra, además, como un derecho político de los ciudadanos.

Para ello, el artículo 62 de la Constitución establece el derecho de éstos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; enumerándose en el artículo 70 de la Constitución los siguientes “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 revocación del mandato*, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”.

Adicionalmente, el artículo 198 de la Constitución regula los efectos de la *revocación del mandato de los diputados* a la Asamblea Nacional, disponiendo que aquellos cuyo mandato fuese revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período; y el artículo 233 enumera como causa de falta absoluta del Presidente de la República “*la revocación popular de su mandato*”.

La revocación del mandato de los representantes electos, por tanto, es un mecanismo de “participación política del soberano en los asuntos que le conciernen”, lo que exige al juez interpretar el ordenamiento jurídico, adaptando sus normas “a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento,”² y no contrariándolos como lo ha hecho la Sala Electoral en la sentencia N° 147 de 17 de octubre de 2016.

Pero no ha sido esta la primera vez que se ha contrariado la Constitución, secuestrándose el derecho a la revocación de mandatos por obra de una conspiración entre el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia.

III. LAS CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA EL REFERENDO REVOCATORIO DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR Y EL PRIMER SECUESTRO DEL DERECHO CIUDADANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA MEDIANTE REFERENDO REVOCATORIO EN 2004

En efecto, recordemos que conforme a los artículos 6 y 70 de la Constitución uno de los medios de participación ciudadana en lo político, es “la revocación del mandato,” sobre lo cual el artículo 72 dispone que:

“transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, *un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción* podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato”.

Dicha norma fue objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1139 de 5 junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*),³ en la cual, sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requieren para ejercer el derecho, en resumen, estableció, sobre el referendo revocatorio, que:

a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuya revocación se persigue;

b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación exprese con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;

c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*; el derecho al referendo revocatorio tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión

² Véase la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, N° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

³ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 164 y ss.

de Registro Civil y Electoral, “la debida inscripción de los electores y electoral que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;

d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;

e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cualquier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y

f) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer –en las normativas de carácter sub legal que dicte– nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente.”

La Constitución es clara, y la Sala Constitucional, lo que hizo fue precisar la claridad.

Sin embargo, en ausencia de una normativa legal que desarrollara dicha norma del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (*el “Firmazo”*) que se formuló contra el Presidente Hugo Chávez, comenzó a dictar normas para secuestrar el derecho ciudadano a la realización de referendos revocatorios,⁴ de manera que antes que facilitar su ejercicio, comenzó a establecer trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución. Así impuso, por ejemplo, las limitaciones que afectaron la formulación de la petición por los electores, pues sin fundamento constitucional alguno, se estableció que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podía estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral, y que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminando además, el derecho de los ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición.

Posteriormente, en forma sobrevenida, con motivo de la presentación de la solicitud de revocatoria de mandato del Presidente de la República (*“El Reafirmazo”*), el Consejo Nacional Electoral estableció en una nueva Resolución⁵, requisitos formales adicionales, como el que la inscripción de los datos de los solicitantes debían ser escritos de puño y letra de cada uno de ellos, lo que llevó al cuestionamiento de un número considerable de peticiones (*“Los Reparos”*).⁶

Todas estas previsiones, por aproximaciones sucesivas, se siguieron afinando en forma limitativa al derecho, hasta que fueron todas refundidas en las *Normas de 2007*.

Siendo el derecho a revocar, un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el mismo no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún podría restringirse mediante actos que no son leyes, como son las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral, violando el principio de la reserva legal. Ello, además, había sido reafirmado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas.”⁷

En 2004, a pesar de todos los obstáculos establecidos, el referendo revocatorio del mandato del Presidente Hugo Chávez se realizó finamente, habiendo sido éste revocado en su mandato en los términos establecidos en la Constitución. Frente a ello, sin embargo, se produjo el primer secuestro del derecho

⁴ Ello lo hizo mediante Resolución N° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, y luego Resolución N° 030925-465, se dictaron las -Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular- (G.O. N° 37.784 del 26 de septiembre de 2003).

⁵ Resolución N° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004.

⁶ Del total de 3.467.050 firmas o peticiones presentadas, fueron objetadas 876.017 firmas aproximadamente. La antes indicada Resolución, que estableció en forma sobrevenida los señalados requisitos, fue impugnada ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo, la cual la anuló; pero la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo, a su vez, al conocer de un recurso de revisión y de una posterior solicitud de avocamiento al conocimiento de la causa, la admitió y anuló la sentencia de la Sala Electoral. Se produjo, así, el secuestro de la Sala Electoral y la confiscación del derecho a la participación política de los ciudadanos. Véase Brewer-Carías, Allan R. *La Sala Electoral vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004.

⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/321-220202-01-0559%20.HTM>.

ciudadano a la revocación de mandatos por obra de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral,⁸ que finalmente transformaron el referendo revocatorio en un referendo “ratificatorio” o en un simple plebiscito no previsto en la Constitución.

En efecto, el mismo artículo 72 de la Constitución es diáfano al disponer que:

“Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.”

Tal como lo señaló la Sala Constitucional en la misma sentencia antes señalada, N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), “la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno,” produciéndose con ello la revocación del mandato de elección popular. Y nada más.

Sin embargo, de manera evidentemente inconstitucional, en las *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral de 25 de septiembre de 2003,⁹ si bien se estableció que se considera revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario”, se agregó la frase: “y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria” (Art. 60); agregado éste mediante el cual se restringió el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares, al establecerse un elemento que no está en la Constitución relativo a los efectos del voto por la “no revocación”.

Con ello se sentó la base para trastocar la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, para convertirlo en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular.

Lo inaudito de este fraude constitucional, fue que dicho criterio luego lo avaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, también en una frase contenida en la sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que:

“Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, *debería seguir en él*, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.”¹⁰

Con esa base se secuestró el derecho ciudadano al referendo revocatorio, y se cambió la Constitución, cometiéndose un fraude a la voluntad popular, porque a pesar de que una vez realizado el referendo revocatorio del Presidente Hugo Chávez en 2004, su mandato quedó revocado en su mandato, sin embargo, fue “ratificado” en el cargo.

⁸ Véase sobre dicho proceso Brewer-Carías, Allan R. *la Sala Constitucional vs. El Estado de Derecho*, Libros El Nacional, Caracas, 2004. Véase igualmente sobre el tema mis trabajos: -El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004,- en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2004. pp. 167-312; -El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,- en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005, pp. 11-73; -El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,- en *Studi Urbinate, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche*, Politiche ed Economiche, Año LXXI –2003/04 Nuova Serie A– N. 55,3, Università degli studi di Urbino. Urbino, Italia, 2004. pp. 379-436, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55. Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; en el libro: Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores, *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi. Madrid, 2006, pp. 1081-1128; -El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas. Caracas, 2004, pp. 13-58

⁹ Resolución N° 030925-465 de 25-09-2003.

¹⁰ En *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

En efecto, el Presidente Chávez había sido electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, y en el referendo revocatorio de 2004, 3.989.008 se inclinaron por la opción “Sí” para revocar el mandato del Presidente Chávez, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución su mandato quedó revocado. Todo ello lo publicó el Consejo Nacional Electoral en la Resolución N° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004¹¹ indicando sin embargo que los votos por la opción NO habían sido de 5.800.629 votos, deduciendo de ello, en contra de la Constitución, que, en lugar de haber quedado Chávez revocado, habría sido “ratificado” para que “culminara su período constitucional en el año 2006,” como si se tratase de un plebiscito.

Con esta Resolución, se consolidó el fraude constitucional que había ido configurándose, al trastocarse una “revocación de mandato” en una supuesta “ratificación de mandato” de un funcionario que había quedado constitucionalmente revocado.¹²

Después de este primer secuestro del derecho ciudadano a la revocación popular de mandatos, las limitaciones inconstitucionales establecidas por el Consejo Nacional Electoral se multiplicaron sucesivamente, en la misma línea de secuestrar el derecho a la participación política mediante el ejercicio del derecho ciudadano a la revocación de mandatos,¹³ estableciéndose, en forma evidentemente inconstitucional, unas condiciones previas para que pudiera realizarse un referendo revocatorio, consistentes en la necesidad ineludible –no exigida en la Constitución– de tener que establecerse una “agrupaciones de electores” para promover el referendo revocatorio, con la exigencia de que para ello se necesita un respaldo de firmas de ciudadanos “mayor o igual al uno por ciento (1%) de la población inscrita en el Registro Electoral del municipio, del estado o nacional” (art. 6), para cuya recolección se establecieron todas las trabas imaginables de carácter formal, de manera que sea una de esas agrupaciones la que pueda promover la recolección de las firmas de al menos “veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción” como lo exige el artículo 72 de la Constitución *para solicitar* la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Dicho “veinte por ciento de los electores” necesarios para solicitar la convocatoria del referendo revocatorio, como lo dice la Constitución, son los “inscritos en la correspondiente circunscripción”, por supuesto, según que se trate de la revocación de mandatos de funcionarios electos en la circunscripción nacional, estatal y municipal, de manera que evidentemente, si se trata del Presidente de la República, electo en la circunscripción nacional, el 20% de las firmas es en el nivel nacional; si se trata de la revocación de los diputados, del gobernador de un Estado de los diputados a los Consejos Legislativos de los Estados, el 20% de las firmas debe ser de los electores de la circunscripción del Estado respectivos; y si se trata de la elección de los Alcaldes o miembros de los Concejos Municipales, el 20% de las firmas debe ser de los electores de la circunscripción del Municipio de que se trate. No es necesario ser “jurista” o versado en leyes para entender lo que el constituyente estableció.

IV. EL NUEVO SECUESTRO DEL DERECHO A LA REVOCATORIA DEL MANDATO PRESIDENCIAL POR LA SALA ELECTORAL EN OCTUBRE DE 2016

Sin embargo, así no lo entendieron los órganos del Estado que debieron ser los garantes del cumplimiento de la Constitución en 2016.

En efecto, a pesar de todas las trabas inconstitucionales dispuestas por el Consejo Nacional Electoral para la efectiva realización de un referendo revocatorio de mandatos populares, la oposición democrática en Venezuela, durante el año 2016, representada por la mesa de la Unidad Democrática (MUD), promovió

¹¹ Véase en *Gaceta Electoral* N° 210 de 30-08-2004.

¹² Véase Brewer-Carías, Allan R. -La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un -referendo ratificatorio-, en el libro *Crónica sobre la -in-justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas, 2007, pp. 349-378.

¹³ Véase las -Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular-, mediante Resolución N° 070207-036, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 356 del 12 de febrero de 2007, la cual fue objeto de modificación mediante la Resolución N° 07041f3-347, del 13 de abril de 2007, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 373 del 07 de mayo de ese mismo año; y dictó las -Normas para la Constitución y Registro de las Agrupaciones de Ciudadanas o Ciudadanos que participarán en los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular contenidas en la Resolución N° 070207-047; publicada en la *Gaceta Electoral* N° 358 del 14 de febrero de 2007-. Todas esas normas, fueron derogadas y sustituidas por las -Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular- dictadas mediante Resolución N° 070906-2770 de 06 de septiembre de 2007, publicada en *Gaceta Electoral* N° 405 de la misma fecha.

la realización del referendo revocatorio de quién ejerce la presidencia de la República, Nicolás Maduro, habiendo recogido un número de firmas (409.313) con creces mayor del uno por ciento de las firmas necesarias (194.708) para cumplir con el primer paso reglamentario, es decir, el de constituir la agrupación de ciudadanos para promover el revocatorio.¹⁴

Sin embargo, un vez cumplido con el primer requisito inconstitucional, la oposición democrática se encontró con que en el Consejo Nacional Electoral, también inconstitucionalmente, anunció que se aplicaría para la solicitud de referendo revocatorio, en contra de lo establecido en la Constitución, que las firmas que se requerían para obtener el respaldo para convocar el referendo, del “veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción” que es lo que dice la Constitución, no era tal, sino que debía ser el veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en cada una de las circunscripciones de los Estados.

Es decir, que en lugar de recolectar el respaldo del 20% de electores inscritos en el registro Electoral a nivel nacional, debían recolectarse 20% de respaldo de electores, en cada una de las circunscripciones de cada uno de los Estados de la República y del Distrito Capital, lo cual fue luego “ratificado” por la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 417 del 17 de octubre de 2016,¹⁵ que comentamos, dictada con motivo de un “recurso de interpretación” intentado una semana antes, el 11 de octubre de 2016, por el Coordinador Nacional de un partido político, respecto de lo dispuesto en los artículos 15 y 29 de la mencionada Resolución N° 070906-2770, de 6 de septiembre de 2007, del Consejo Nacional Electoral, contentiva de las “Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargo de Elección Popular.”¹⁶

Las normas cuya interpretación se solicitó, en la materia repiten exactamente lo que prevé el artículo 72 de la Constitución, sobre que la iniciativa popular para solicitar un referendo revocatorio de mandato corresponde a “un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores y electoras inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud en la circunscripción correspondiente” (art. 15), de manera que la verificación de las manifestaciones de voluntad que se efectúe, después de presentada la solicitud, debe ser en un número “es igual o mayor al veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción de que se trate”(art. 29).

Lo único distinto a lo que establece la Constitución que se incorporó a estas normas fue la precisión de que el referido veinte por ciento se refiere a los electores inscritos en la “circunscripción correspondiente” o “la circunscripción de que se trate” refiriéndose, obviamente, a la circunscripción nacional para la revocación del Presidente de la República, a las circunscripciones estatales respectivas, para la revocación de los diputados a la Asamblea Nacional, los gobernadores y diputados a los Consejos Legislativos de los Estados, y a las circunscripciones municipales respectivas, para la revocación de los alcaldes y miembros de los Concejos Municipales. Nada dudoso, por tanto, existe en esas normas que ameritase ser “interpretado.”

El recurrente, en realidad, lo único que alegó fue que, según un cuadro extraído del portal web del Consejo Nacional Electoral, de 21 de septiembre de 2016, donde se habría aprobado un “cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio,” se apreciaba que el Poder Electoral había establecido los sistemas para la recolección de manifestaciones de voluntad “sobre la base del veinte por ciento (20%) del Registro Electoral de cada circunscripción de los Estados.” De ello, adujo el recurrente, se generaba una supuesta “duda razonable con respecto a este requisito de procedencia,” toda vez que no existía a su juicio “una disposición clara y precisa que determine la fórmula de cuantificación de las manifestaciones de voluntad necesarias para la activar la convocatoria del referendo revocatorio del texto de los artículos 15 y 29 de las Normas señaladas,” lo que por supuesto no era cierto. En tal sentido afirmó erradamente que

¹⁴ Véase las reseñas de prensa sobre el proceso de recolección de firmas en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/25/america/1466820033_284575.html; <http://www.larazon.net/2016/08/01/cne-aprueba-el-1-de-firmas-para-el-revocatorio/> y <http://www.laverdad.com/politi-ca/102117-cne-aprueba-informe-sobre-el-1-de-firmas-para-revocatorio.html>.

¹⁵ Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/octubre/190852-147-171016-2016-2016-0000_74.HTML.

¹⁶ Véase en *Gaceta Electoral* N° 405 de fecha 18 de diciembre de 2007.

“de las normas citadas no se desprende con claridad si la procedencia de la convocatoria requeriría reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones de voluntad en todos y cada uno de los estados y en el Distrito Capital de la República.”

Como se dijo, la Constitución es clara, y claras son las disposiciones citadas de las Normas del Consejo Nacional Electoral; pero sin embargo, a pesar de ello, el recurrente insistió en solicitar un pronunciamiento de la Sala, no sobre la claridad de las normas, sino sobre lo que el Consejo Nacional Electoral estaba en proceso de establecer en relación con la recolección de manifestaciones de voluntad “del veinte por ciento (20%) del padrón electoral *según cada entidad federal*,” argumentando que “no se ha hecho público el criterio de cuantificación de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones *en cada entidad federal*. ”

La Sala, para decidir, partió de lo establecido en el artículo 72 de la Constitución, así como de la interpretación de dicho artículo establecida por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), antes comentada, que fue desarrollado conforme a la doctrina establecida en la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 566 de 12 de abril de 2004, por el Consejo Nacional Electoral mediante las Normas antes citadas en “ejecución directa e inmediata de la Constitución, en la medida en que no se ha dictado aún legislación alguna para regular las distintas modalidades referendarias.” Y hecho esto, pasó entonces a identificar la supuesta duda sobre la interpretación de las normas de los artículos 15 y 29 de las citadas Normas, sobre las cuales:

“La duda que plantea el recurrente existiría porque, a su decir, a pesar de que el Consejo Nacional Electoral dispuso la organización de los centros y puntos de recolección de las manifestaciones de voluntad según el veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada uno de los estados y del Distrito Capital, expresan los solicitantes, “no se ha hecho público el criterio de ese Poder Electoral en cuanto a si se requiere reunir el veinte por ciento (20%) de las manifestaciones en cada entidad federal.”

Se advierte de nuevo, que no se trataba de duda alguna sobre lo que las normas disponen, sino sobre lo que el Consejo Nacional Electoral estaba interpretando erradamente de las mismas al haber establecido el 21 de septiembre de 2016, el mencionado “cronograma conforme al cual se llevará a efecto el evento de la recolección de manifestaciones de voluntad, así como el cuadro de acuerdo con el cual se llevará a cabo la referida recolección.”¹⁷

De la lectura del cronograma, la Sala Electoral apreció que el Consejo Nacional Electoral había asumido “como criterio de cuantificación de las indicadas manifestaciones de voluntad el que la recolección de las mismas fuera la expresión del veinte por ciento (20%) del cuerpo electoral de cada entidad federal y del Distrito Capital,” deduciendo de ello, que dicho cuerpo, “en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,” había “adoptado un criterio interpretativo sobre la normativa sancionada por esa instancia electoral,” es decir, las “Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular,” y que ello a juicio de la Sala Electoral, sin más, es decir, sin realizar el más mínimo esfuerzo interpretativo, y sin siquiera referirse a lo que dispone la Constitución, consideró que

“el esquema aprobado por el Consejo Nacional Electoral ostenta la naturaleza de una *interpretación auténtica*, es decir, la atribución específica de sentido a la propia normativa sancionada por el Consejo Nacional Electoral.”

Y para justificar el desaguizado, la Sala Electoral, lo único que argumentó es que el criterio del Consejo Nacional Electoral, supuestamente se correspondía “con el particular modelo venezolano de Estado Federal Descentralizado,” montado sobre la idea de que “los estados son entidades federales autónomas e *iguales en lo político* conforme al artículo 159 de la Constitución,” lo cual evidentemente nada tiene que ver con lo establecido por el Consejo Nacional Electoral.

En su “argumentación” comentando la interpretación “auténtica” del Consejo Nacional Electoral, la Sala Electoral continuó “precisando” que “la recolección de las manifestaciones de voluntad para solicitar el referendo revocatorio “no puede ni debe confundirse con el proceso referendario en estricto sentido,” cosa que nadie había hecho, ni siquiera el recurrente, agregando también la precisión de que “la recolección de las manifestaciones de voluntad no constituye en ningún caso, por consiguiente, ni una consulta, ni un referendo, ni un plebiscito. Así se declara,” cuando tampoco nadie había alegado ni argumentado sobre tales “hipotéticas” confusiones.

¹⁷ La sentencia cita la siguiente Fuente: <http://www.cne.gov.ve/web>, ‘CNE aprobó cronograma para recolección del 20% de solicitudes para activar referendo revocatorio’...-.

Y entonces, expuesto la anterior, la Sala Electoral concluyó su sentencia “circunscribiéndose a la duda planteada por el recurrente,” afirmando que los mencionados artículos 15 y 29 de las Normas para Regular la Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular:

“deben interpretarse en el sentido de que una válida convocatoria del referendo revocatorio requiere reunir el veinte por ciento (20%) de manifestaciones de voluntad del cuerpo electoral en todos y cada uno de los estados y del Distrito Capital de la República.”

De este modo, no ha lugar a dudas, que la cuantificación que efectúe el Consejo Nacional Electoral, una vez realizado el evento de recolección de voluntades, se limitará a verificar y certificar por cada entidad federal, individualmente considerada, que se cumplió debidamente con la participación del porcentaje del veinte por ciento (20%) exigido constitucionalmente para cada circunscripción; no habiendo lugar a sumatorias ni compensaciones entre entidades federales, dado el principio de igualdad política de los estados. Por consiguiente, la falta de recolección de ese porcentaje en cualquiera de los estados o del Distrito Capital, haría nugatoria la válida convocatoria del referendo revocatorio presidencial. Así se declara.”

Y fue todo. Una sentencia de “interpretación” de unas disposiciones de las mencionadas Normas de 2007 del Consejo Nacional Electoral que no hacen otra cosa que no sea repetir lo que dice la Constitución; pero que nada interpreta, sino que copia lo que el Consejo Nacional Electoral “interpretó,” así ello hubiese estado errado y contrariase la Constitución, no formulando siquiera un solo argumento que pudiese incluso ser el “justificativo” la errada interpretación, la cual simplemente dio por “auténtica.”¹⁸ Y nada más.

En esta forma, de nuevo, de un plumazo se cambió la Constitución, secuestrándose una vez más el derecho ciudadano a la participación política mediante el referendo revocatorio del mandato presidencial que debía realizarse en 2016.

V. EL ARREBATO DEFINITIVO DEL DERECHO CIUDADANO AL REFERENDO REVOCATORIO DE 2016 POR PARTE DE LOS TRIBUNALES PENALES EN DECISIONES “ACATADAS” DE INMEDIATO POR EL PODER ELECTORAL

Pero aún con los obstáculos anteriores, la Mesa de la Unidad Democrática asumió el compromiso de movilizar al pueblo en lo necesario para la realización del proceso de recolección de firmas, aún en la forma irregular que había dispuesto el Consejo Nacional Electoral, para los días 26 al 28 de octubre de 2016.¹⁹

Vana ilusión. Como si todo fuera parte de un guion preestablecido para la actuación de marionetas en el marco de la dictadura judicial, configurado hacia finales del día 20 de octubre de 2016, al unísono, cinco gobernadores, de los Estados Aragua, Carabobo Monagas, Apure y Bolívar anunciaron en sus cuentas de twitter, que sendos tribunales penales en dichos Estados, en causas penales por supuestos fraudes en materia de la recolección de firmas para la constitución de la agrupación de electores para conducir la iniciativa del referendo revocatorio, –materia que por lo demás, es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Electoral– habrían “dejado sin efecto *la recolección de firmas del 1% del padrón electoral*, realizada hace cuatro meses por la opositora Mesa de la Unidad Democrática (MUD) para promover el referendo.”²⁰

La respuesta del Consejo Nacional Electoral, en la noche del mismo día 20 de octubre, fue inmediata, habiéndose incorporado en la página web del organismo la siguiente información:

“El Poder Electoral informa al país que ha sido notificado, por tribunales de la República, de medidas precautelativas que ordenan posponer cualquier acto que pudiera haberse generado como consecuencia de la recolección de 1% de manifestaciones de voluntad que se requirieron para validar la mediación de la organización con fines políticos MUD. Las medidas decididas este jueves 20 de octubre por los tribunales penales de primera instancia en funciones de control de Valencia; el tercero de control de San Fernando de

¹⁸ La supuesta -autenticidad-, por supuesto, no proviene de que eso sea lo que deriva de las normas constitucionales, sino de la ratificación, por parte de la Sala Electoral, de lo resuelto por los órganos políticos del régimen.

¹⁹ Véase en -La Recolección del 20% de firmas para el revocatorio será del 24 al 30 de octubre,- 29 de agosto de 2016, en <http://efectococuyo.com/politica/recoleccion-del-20-de-firmas-para-el-revocatorio-sera-del-24-al-30-de-octubre>; y <http://www.2001.com.ve/en-la-agenda/142584/todo-lo-que-debes-saber-sobre-la-recoleccion-del-20-el-26-27-y-28-de-octubre.html>

²⁰ Véase lo declarado por los gobernadores de los Estados Aragua y Carabobo en -Anulan en dos estados venezolanos recolección de firmas para referendo. Fueron Aragua y Carabobo. Según gobernadores, tribunales penales dejaron ‘sin efecto’ por ‘fraude’,- en El Tiempo, 20 de octubre de 2016, en <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/anulan-en-dos-estados-recoleccion-de-firmas-para-referendo-en-venezuela/16730946>; -Proceso del revocatorio, suspendido tras anulación de firmas de primera fase,- en CNN. Español, 20 de octubre de 2016, en <http://cnnespanol.cnn.com/2016/10/20/anulan-firmas-de-la-primera-fase-del-revocatorio-en-varios-estados-de-venezuela/#0>

Apure; el de primera instancia en función de tercero de control de Aragua y el de primera instancia en funciones de control de Bolívar fueron decididas tras la admisión de querellas penales por los delitos de falsa atestación ante funcionario público, aprovechamiento de acto falso y suministros de datos falsos al Poder Electoral. Estas decisiones tienen como consecuencia la paralización, hasta nueva orden judicial, del proceso de recolección de 20% de las manifestaciones de voluntad, que estaba previsto para el 26, 27 y 28 de octubre próximos, y en el que el Consejo Nacional Electoral estaba trabajando luego de terminada la primera etapa de una solicitud hecha por el partido MUD en abril pasado.

En apego al marco constitucional, el CNE acata las medidas ordenadas por los tribunales y ha girado instrucciones de posponer el proceso de recolección hasta nueva instrucción judicial.

El Poder Electoral reitera su llamado al diálogo nacional como fórmula democrática por excelencia para preservar la paz y la estabilidad de la República y se pone a disposición de los actores políticos e instituciones nacionales para coadyuvar en la búsqueda de las mejores condiciones que hagan fructífero este encuentro.”²¹

Y con esto, se acabó la posibilidad de que el pueblo venezolano pudiera ejercer su derecho constitucional al referendo revocatorio presidencial, que debió haber ocurrido en 2016. Una nueva manifestación de la dictadura judicial lo impidió.

²¹ Véase: -Poder Electoral acata medidas cautelares ordenadas por tribunales de la República. Proceso de recolección de 20% de manifestaciones de voluntad queda pospuesto hasta nueva instrucción judicial,- 20 de octubre de 2016, en http://www.cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3483

2017

69. 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 JUEZ CONSTITUCIONAL

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 261-270

Resumen: *Este artículo tiene por objeto analizar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que anuló el acto de instalación de la Asamblea Nacional de enero de 2017, su Acuerdo declarando la falta absoluta del Presidente y todos sus actos.*

Palabras clave: *Asamblea Nacional, Instalación; Asamblea Nacional. Nulidad de sus actos.*

Abstract: *This article analyses the ruling of the Constitutional Chamber of the Supreme Court, annulling the act of its installation of the National Assembly in January 2017, its decision declaring the absolute absence of the President and all its acts.*

Key words: *National Assembly. Installation, National Assembly Nullity.*

I. INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN 5 DE ENERO DE 2017 Y LA DECLARATORIA DE FALTA ABSOLUTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El día 5 de enero de 2017 se instaló la Asamblea Nacional, conforme lo dispone la Constitución, para iniciar sus sesiones ordinarias, eligiendo su nueva Junta Directiva.

Con posterioridad se desincorporaron de la Asamblea, los dos diputados electos en el Estado Amazonas, cuya elección había sido cuestionada; y la Asamblea, como consecuencia de lo que había resuelto mediante el Acuerdo de 13 de diciembre de 2016, en el cual se declaró “la responsabilidad política del Presidente de la República, y se reservó la posibilidad de evaluar si la ruptura del orden constitucional y democrático cometida por Nicolás Maduro Moros es de tal magnitud que implica un abandono de sus funciones constitucionales;” a pesar de que el Tribunal Supremo de Justicia, mediante “Nota de prensa,” instara “a la Asamblea Nacional a no realizar acciones al margen de sus funciones, previo al inicio de la sesión de ese órgano en la que se pretende declarar el supuesto “abandono del cargo” del presidente Nicolás Maduro,”¹ el 9 de enero de 2017 adoptó un “Acuerdo sobre el abandono de las funciones constitucionales de la Presidencia de la República en que ha incurrido el ciudadano Nicolás Maduro Moros,”² fundamentado entre otros en los siguientes motivos:

Primero, que la Constitución “confiere a la Asamblea Nacional funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 187, Numeral. 3), las cuales son manifestación de la institucionalidad democrática que debe en todo momento ser preservada, de acuerdo con los artículos 2

¹ <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201701101066110322-Tribunal-Supremo-Asamblea-Nacional/>.

² Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documen-tos/doc_9bdb6ba6ef2d206b06358_a39c79a340013d9db87.pdf.

y 333 de la Constitución y los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, adoptada con el voto favorable del Estado venezolano;”

Segundo, que el Presidente de la República, está constitucionalmente obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, la integridad, soberanía del territorio y defensa de la República,” sin que la declaración de los estados de excepción pueda modificar el principio de su responsabilidad (art. 232);

Tercero, que en contraste, la actuación del Presidente de la República “ha supuesto una violación generalizada de los derechos humanos, incluyendo una grave vulneración de los derechos políticos, acompañada del desmantelamiento de la institucionalidad democrática necesaria para garantizar tales derechos, así como de un atentado continuo contra la integridad de la República y de su territorio;” todo lo cual quedó evidenciado ante la Asamblea en su sesión del 27 de octubre de 2016, en la cual se constató “la devastación del orden social y económico de la República y de las violaciones a derechos humanos cometidas en el contexto de la represión policial y de la discriminación por razones políticas, a lo cual se suman los recientes informes emanados de organizaciones especializadas que demuestran el enorme aumento en las cifras de criminalidad y violencia que se ha producido en el país en los últimos años, en medio de la más extendida impunidad;”

Cuarto, que “Nicolás Maduro Moros ha gobernado, desde el 14 de enero de 2016, merced a un estado de excepción declarado y prorrogado al margen de la Constitución, sin la aprobación de la Asamblea Nacional, el cual ha ido cercenando progresivamente atribuciones parlamentarias inderogables y ha vulnerado derechos fundamentales,” el cual “no ha quedado sometido a controles parlamentarios efectivos, a causa de sentencias arbitrarias del Tribunal Supremo de Justicia que han menoscabado las facultades de la Asamblea Nacional en la materia, ni a los controles internacionales previstos en tratados de derechos humanos ratificados por Venezuela, en virtud de la omisión de notificación en que incurrió el Presidente de la República, tal como lo ha denunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;”

Quinto, que “Nicolás Maduro Moros ha ordenado el desconocimiento por los Ministros y otros funcionarios públicos de las solicitudes de comparecencia emanadas de la Asamblea Nacional o sus comisiones, y ha ignorado abiertamente la competencia parlamentaria de remover Ministros mediante la aprobación de un voto de censura por la mayoría calificada de los Diputados de la Asamblea Nacional, en los términos constitucionalmente establecidos;”

Sexto, que “Nicolás Maduro Moros se ha facultado a sí mismo para aprobar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, quebrantando flagrantemente el artículo 150 de la Constitución;”

Séptimo, que “el estado de excepción ilícitamente en vigor ha conducido a una exacerbada concentración de poderes y a un gobierno por decreto que lesiona severamente la Democracia y favorece la corrupción;” habiendo en el mismo, Nicolás Maduro Moros, omitido “la presentación ante la Asamblea Nacional del Proyecto de Ley de Presupuesto para el ejercicio Económico Financiero 2017,” habiendo acudido “a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que está a su servicio, para que lo autorizara, en contra de la Constitución y de las garantías democráticas, a dictar mediante decreto las normas correspondientes en materia presupuestaria y de crédito público;”

Octavo, que “no ha cesado e incluso se ha acrecentado la persecución política, de la cual Nicolás Maduro Moros es corresponsable;” habiendo “propugnado y consumado la supresión de la separación de poderes que padecemos, mediante su respaldo a la ocupación partidista del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral,” todo lo cual “explica la confabulación ejecutivo-judicial, constitutiva de un Golpe de Estado, que condujo a la suspensión de la recolección de las manifestaciones de voluntad necesarias para la iniciativa constitucional del referendo revocatorio presidencial;”

Noveno, que “Nicolás Maduro Moros ha pretendido justificar el diferimiento de procesos comiciales constitucionalmente obligatorios e impostergables, como la elección de Gobernadores que debía celebrarse en el 2016, invocando argumentos inaceptables en una Democracia y que de facto colocan en vilo cualquier otro proceso electoral que deba realizarse en el país;”

Décimo, que “Nicolás Maduro Moros, valiéndose de los poderes ilimitados que ha secuestrado a costa de la Constitución, ha acudido sistemáticamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para impedir, con criterios políticos, la entrada en vigencia de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional que hubieran contribuido a solucionar los problemas del país, al generar transparencia en el manejo de las

finanzas públicas, facilitar la cooperación internacional para la superación de las crisis humanitaria, ampliar los derechos sociales de los venezolanos y adoptar otras medidas beneficiosas para la población y la institucionalidad;”

Décimo primero, que “en medio de estas graves violaciones a los principios democráticos y a los derechos humanos, promovidas por Nicolás Maduro Moros, se ha agudizado la crisis económica y humanitaria que aqueja al país en todos los órdenes;”

Décimo segundo, que “la situación económica y financiera de la República se encuentra severamente comprometida por una gestión fiscal irresponsable que ha llevado el déficit fiscal hasta niveles que no se pueden financiar por vías ordinarias, teniendo el gobierno que recurrir al peligroso mecanismo de la impresión de dinero por parte del Banco Central de Venezuela, de lo cual se ha derivado una pronunciada depreciación del bolívar y elevadas tasas de inflación que castigan el ingreso de quienes devengan un salario, pensión o jubilación y en general de aquellos que viven de su trabajo, todo lo cual ha estado aunado al definitivo socavamiento de la autonomía del Banco Central de Venezuela que ha llevado a cabo Nicolás Maduro Moros;”

Décimo Tercero, que “Nicolás Maduro Moros incumplió lo establecido en el artículo 311 de la Constitución, según el cual la gestión fiscal debe regirse por los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, ya que la información publicada indica que durante los años 2014, 2015 y 2016 en lugar de equilibrio fiscal ha habido una situación de déficit crónico en las cuentas fiscales de la Nación que ha generado la desvalorización de la moneda, el alza de los precios de los bienes y servicios y un creciente endeudamiento, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera;”

Décimo Cuarto, que “la Unidad del Tesoro es un principio constitucional que contribuye a darle estabilidad a la gestión económica de la Nación, y que su incumplimiento sistemático por el administrador de la Hacienda Pública Nacional ha llevado a la proliferación de un conjunto de fondos parafiscales que realizan gastos sin ningún tipo de control, lo cual ha contribuido a agravar el déficit fiscal, al crear un gran desorden y corrupción en la Administración Pública Nacional;”

Décimo Quinto, que “a causa del incumplimiento de sus funciones constitucionales como administrador de la Hacienda Pública Nacional, Nicolás Maduro Moros ha provocado una crisis económica sin precedentes en Venezuela, traducida en una inflación galopante que en 2016 excedió el 500%, una depresión de la economía reflejada en una caída del producto interno bruto superior al 12,0% y un grave desabastecimiento de alimentos y medicinas, conjuntamente con un aumento de la pobreza hasta cifras no conocidas en el país, todo lo cual implica que, al cierre del 2016 y en comparación con el 2012, el tamaño de la economía venezolana es 20,0% menor, el poder adquisitivo del salario es 40,0% inferior y los niveles de pobreza se duplicaron;”

Décimo Sexto, que “Nicolás Maduro Moros, de manera errática, anunció el 11 de diciembre de 2016 la sustitución en un plazo de setenta y dos horas de todos los billetes de Bs. 100 y la implantación de un nuevo cono monetario, lo cual provocó una situación de caos en el país, consistente en disturbios y saqueos de establecimientos comerciales y un saldo lamentable de pérdida de vidas humanas, de heridos y de detenidos, que le obligó a posponer dicho reemplazo de los billetes de Bs. 100, primero hasta el 2 de enero de 2017 y luego, confirmando la absoluta improvisación e irresponsabilidad del gobierno, hasta el 20 de enero de 2017;”

Décimo Séptimo, que “Nicolás Maduro Moros ha sido negligente respecto a la reclamación territorial de Venezuela sobre el territorio Esequibo, la cual hasta años recientes formaba parte de una política del Estado venezolano atendida a lo previsto en el Acuerdo de Ginebra de 1966, para la búsqueda de una solución pacífica y práctica de la controversia, mientras que el gobierno nacional ha actuado con improvisación o pasividad, inacción e indolencia en la defensa de los intereses de la Nación tanto en el territorio Esequibo como en la Fachada Atlántica del Delta del Orinoco;”

Décimo Octavo, que “Nicolás Maduro Moros se comprometió a cumplir con su obligación constitucional de resguardar la seguridad ciudadana de los venezolanos y hoy Venezuela se ha convertido en el país más violento del mundo con un índice de 92 homicidios por cada 100.000 habitantes;”

Décimo Noveno, que “Venezuela según la Constitución es un estado de derecho y de justicia donde deben respetarse los derechos humanos de manera preeminente y hoy en Venezuela existen 126 presos políticos, así como un sin número de perseguidos y exiliados políticos;” y

Duodécimo, que “en Venezuela se viola permanentemente la libertad de expresión al manipular el otorgamiento de papel periódico a la prensa libre;”

Con base en todos esos motivos, la Asamblea Nacional acordó entonces:

En primer lugar, “Declarar que Nicolás Maduro Moros, invocando el cargo de Presidente de la República, ha incurrido en acciones y omisiones que *sitúan su desempeño completamente al margen del diseño y funciones constitucionales de la Presidencia de la República*, en virtud de la grave ruptura del orden constitucional y democrático, la violación de derechos humanos, la devastación de las bases económicas y sociales de la Nación y los atentados a la integridad de la República que ha llevado a cabo.”

En segundo lugar, “Declarar, en consecuencia, y de conformidad con los artículos 232 y 233 de la Constitución, que Nicolás Maduro Moros *ha abandonado su cargo*, abandonando el principio de la supremacía constitucional establecido en el artículo 7 del texto fundamental, el principio del Estado Democrático de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución, así como las funciones constitucionales inherentes al cargo de Presidente de la República, especialmente la referida a la obligación de cumplir y hacer cumplir el ordenamiento constitucional y las leyes, establecida en el numeral 1 del artículo 236 de la Constitución.”

En tercer lugar, “Manifestar que la única forma de resolver los graves problemas que aquejan al país y de contener el desmantelamiento de las instituciones republicanas es devolver el poder al pueblo de Venezuela y, por lo tanto, *convocar a la celebración de elecciones libres y plurales*.”

En cuarto lugar, “Ratificar su compromiso con la restitución del orden constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución pues la inobservancia de esta se produce no solo por medio de un hecho de fuerza contra la inconstitucionalidad en el sentido clásico, sino también cuando desde la Presidencia de la República se hace uso de la autoridad civil y militar para socavar la Constitución.”

En quinto lugar “Reiterar su decisión de acudir a las instancias internacionales competentes para denunciar las violaciones a derechos humanos y a los elementos esenciales de la Democracia que sufren los venezolanos y las venezolanas, en cuya comisión Nicolás Maduro Moros ha tenido un papel protagónico.”

Con base en estas decisiones, en consecuencia, la Asamblea Nacional conforme al artículo 233 de la Constitución, decidió la *falta absoluta* del Presidente de la República.³

En efecto, la Constitución regula expresamente tres formas generales de terminación del mandato del Presidente de la República que son: en *primer lugar*, el vencimiento del período constitucional presidencial; en *segundo lugar*, cuando se produzca la *falta absoluta* del Presidente de la República en los casos de sometimiento a enjuiciamiento penal, *abandono del cargo*, revocación popular del mandato, destitución, incapacidad física o mental, renuncia o muerte; y en *tercer lugar*, la cesación del mandato decidida por una Asamblea Nacional Constituyente.

Precisamente entre los casos en los cuales se produce la falta absoluta del Presidente de la República destaca la del “*abandono del cargo declarado por la Asamblea Nacional*” (art. 233), siendo éste el único supuesto de falta absoluta en el cual la decisión para decretarla corresponde única y exclusivamente a la Asamblea Nacional, en su carácter de órgano constitucional que ostenta la representación popular.

La Constitución, en esta materia de abandono del cargo, no precisó los diversos casos en los cuales la Asamblea Nacional puede declarar el abandono del cargo del presidente, y solo previó un supuesto, que se produce cuando el Presidente de la República se separa temporalmente de su cargo por un lapso de más de

³ *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. // 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 secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional. // Si la falta absoluta del Presidente o la Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, 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 o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la 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 la Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período.

90 días (arts. 234), al término del cual la Asamblea Nacional tiene el poder de decidir prorrogarlo por 90 días más, o decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta (art. 234). En este caso se da un supuesto de abandono del cargo por transformación de falta temporal en falta absoluta declarado por la Asamblea Nacional (art. 233), que, si bien es el único caso de abandono del cargo desarrollado expresamente en la Constitución,⁴ no agota los supuestos en los cuales el abandono del cargo podría producirse.

Es decir, el abandono del cargo por parte del Presidente de la República, como supuesto de falta absoluta del Presidente de la República, no se agota en el supuesto meramente fáctico de transformación de una falta temporal en falta absoluta, sino que lo podría declarar la Asamblea Nacional, conforme a sus competencias constitucionales, en otros casos en los cuales se considere que como consecuencia de la declaración de la responsabilidad política del Presidente de la República se estime que el mismo ha incurrido en dejación de sus funciones (art. 222), es decir, en incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

El Presidente de la República, en efecto, está obligado constitucionalmente a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley” (art. 236.1), y a “procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República,” 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, con la precisión de que dichas obligaciones y responsabilidad política del Presidente “no se modifica” en forma alguna por la “declaración de los estados de excepción” (art. 232).

En consecuencia, en todo caso de declaración por parte de la Asamblea Nacional de la responsabilidad política del Presidente, la misma 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 significa declarar la falta absoluta del Presidente de la República.

Y ello fue precisamente lo que ocurrió con el Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 9 de enero de 2016, lo que constitucionalmente, debido a que la falta absoluta se produjo “durante los primeros cuatro años del periodo constitucional,” implicaba que debía procederse “a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes,” y “mientras se elegía y tomaba posesión el nuevo Presidente,” debía encargarse de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo (art. 233).

II. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 2 DE 11 DE ENERO DE 2017, DECLARANDO LA NULIDAD DE LA INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL DÍA 5 DE ENERO DE 2017, Y EL ACUERDO DE LA MISMA DEL 9 DE ENERO DE 2016, QUE DECLARÓ LA FALTA ABSOLUTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR ABANDONO DE LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES

Al día siguiente de la adopción del Acuerdo antes mencionado, el 10 de enero de 2017, según se anunció oficialmente por la Agencia Venezolana de Noticias,⁵ un diputado de la Asamblea Nacional, introdujo ante la Sala Constitucional “un recurso contra la directiva de la Asamblea Nacional y los diputados que apoyaron la solicitud de declarar el abandono del cargo del presidente Nicolás Maduro, considerando que la decisión adoptada era “ilegal e inconstitucional,” recurso que fue decidido por la Sala Constitucional, al día siguiente mediante sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017.”⁶

En la sentencia, sin embargo, se precisó que en realidad el recurso se había intentado por el diputado el día 6 de enero de 2017, como una “demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra “el acto parlamentario aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 05 de enero de 2017, mediante el cual se eligió y juramentó la Junta Directiva y los cargos de Secretario y Subsecretario de dicho órgano del Poder Público Nacional” dándose cuenta además, de una certificación consignada el 10 de enero de 2016 por los representantes de la Asamblea Nacional, sobre la desincorporación el día 9 de enero de 2016 de dos diputados por el Estado Amazonas, cuya elección había sido cuestionada desde diciembre de 2015.

⁴ Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, Tomo I. Véase igualmente: -Formas constitucionales de terminación del mandato del Presidente de la República,- encartado en *Revista Primicia*, N° 199, Caracas, 23 de octubre 2001.

⁵ Véase Noticiero Venevisión 11 de enero de 2017.

⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>

Conforme a la sentencia, el recurso intentado fue un recurso de nulidad, y en el mismo se informó a la Sala que era un “hecho público, notorio y comunicacional” que la Asamblea Nacional hasta el día 04 de enero de 2017 había continuado “en contumacia y evidente desacato” de las decisiones dictadas por la Sala Electoral y la Sala Constitucional, atinentes a desincorporar a los dos diputados por el Estado Amazonas que habían sido juramentados el día 28 de julio de 2016; haciendo caso omiso a la sentencia N° 808 de la Sala Constitucional de 2 de septiembre de 2016, mediante la cual decidió 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”*.

El diputado recurrente en su recurso, también mencionó que la mayoría de la Asamblea insistía en “activar un mecanismo manifiestamente inconstitucional y subversivo del orden político y social de la Nación, mediante el cual se pretende entablar un juicio político al Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, en franca violación de la sentencia número 948, del 15 de noviembre de 2016, dictada por esta Sala Constitucional mediante la cual, expresamente señaló: *“...ABSTENERSE de continuar con el pretendido juicio político y, en definitiva, de dictar cualquier tipo de acto, sea en forma de acuerdo o de cualquier otro tipo, que se encuentre al margen de sus atribuciones constitucionales y que, en fin, contrarie el Texto Fundamental, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala Constitucional..”* (Negrillas del fallo).”

El recurrente denunció que obviando dichas decisiones, el día 5 de enero decidieron convocar a una plenaria para elegir la nueva directiva de la Asamblea, que quedó conformada así: Presidente, el diputado Julio Andrés Borges; Primer Vice-presidente, diputado Freddy Guevara Cortez; segunda Vice-presidenta, diputada Dennis Fernández; Secretario, José Ignacio Guédez y Sub-secretario, José Luis Cartaya; y que dicha elección al haberse hecho sin que se hubiesen sido desincorporados previamente los tres diputados del Estado Amazonas (Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana), carecía de toda validez pues había continuado el desacato de la sentencia N° 260, dictada por la Sala Electoral el 30 de diciembre de 2015 (caso: “Nicia Maldonado”).

El solicitante entonces denunció como consecuencia, que la nueva Junta Directiva “está incurriendo en el vicio de usurpación de funciones en franca violación de lo previsto en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que resulta a su decir, irrita, carente de toda legitimidad, validez y legalidad,” razón por la cual acudió ante la Sala Constitucional solicitando que se declarase “la nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad del acto parlamentario mediante el cual se produjo la elección y juramentación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional.”

La Sala Constitucional se declaró competente para conocer de la demanda de nulidad del acto Parlamentario dictado por la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2017, “así como las decisiones que se tomaron en el referido acto,” pasando a declarar el asunto como de mero derecho, considerando innecesaria “evaluación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento interpretativo de varios artículos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de otra normativa del ordenamiento jurídico vigente, y por la otra, en atención a la gravedad y urgencia de los señalamientos que subyacen en la solicitud de nulidad presentada, los cuales se vinculan a la actual situación existente en la República Bolivariana de Venezuela, con incidencia directa en todo el Pueblo venezolano,” entrando a “decidir sin más trámites,” en violación por supuesto a la garantía del debido proceso, al desarrollarse un proceso de nulidad sin siquiera notificarse y oírse a la institución autora del acto impugnado.

La Sala precisó que el objeto de la demanda fue establecer si el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional en la sesión del 5 de enero de 2017, que de entrada calificó de “irrita” había sido “producto de una actividad parlamentaria que viene en franco desacato de decisiones de éste Máximo Tribunal,” y por tanto, determinar “si la misma resulta nula por contravención y/o inobservancia de la doctrina constitucional,” para lo cual consideró como hechos ciertos, *primero*, que tanto “la Asamblea Nacional como la Junta Directiva con lapso vencido de la misma, se mantienen en franco desacato de las decisiones de este Máximo Tribunal, que en su Sala Constitucional dictó con los números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 del 25 de noviembre de 2016, y recientemente la 01 del 09 de enero de 2017; y de su Sala Electoral las decisiones números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016;” y *segundo*, que lo anterior impedía “por ser contrario a derecho, elegir de su seno la nueva Junta Directiva correspondiente al período de sesiones del año 2017.”

Como consecuencia de ello, la Sala Constitucional, entonces, constató “que la Asamblea Nacional y su Junta Directiva de lapso vencido, no cumplieron con el deber de subsanar su situación de desacato a las decisiones de este Máximo Tribunal de la República,” y poder “perfeccionar la preparación de las condiciones constitucionales objetivas” para “la instalación del segundo período anual de las sesiones ordinarias, y la elección de una nueva Junta Directiva,” procediendo en consecuencia a:

“declarar no solo la nulidad absoluta de los pretendidos actos parlamentarios originados en las írritas sesiones de los días 05 de enero de 2017 y 09 de enero de 2017 y todas las que se generen posteriormente, por contrariar las órdenes de acatamiento a las decisiones ya referidas, sino DECLARAR la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo Nacional por no haber dictado las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución y órdenes emitidas por este Máximo Tribunal. Así se decide.”

Es decir, con la sentencia no solo se decidió la nulidad del acto impugnado que había sido la sesión de instalación y la elección de la Junta directiva de la Asamblea Nacional del día 5 de enero de 2017, sino en evidente vicio de extra y *ultra petita*, adicionalmente, las decisiones adoptadas en la sesión del 9 de enero de 2017, que ni siquiera fueron nombradas por el recurrente, pues la demanda que originó el “juicio” fue intentada el 6 de enero de 2017, ni en el curso de “juicio” por ninguno de los que intervinieron en el mismo.

De paso, la Sala Constitucional omitió considerar lo informado en escrito consignado por los representantes de la Asamblea Nacional en el expediente, recordando que como lo había resuelto en la sentencia N° 473 del 14 de junio de 2016 (“Caso: *Juan Carlos Caldera, Eduardo Gómez Sigala y otros*”), “la representación de la Asamblea Nacional le corresponde de forma exclusiva al Procurador General de la República y cualquier órgano que pretende ejercerla deberá contar con previa y expresa sustitución del Procurador o Procuradora General de la República, lo cual no ocurrió en el presente caso.” Pero, sin embargo, dicho escrito sí fue considerado válido para deducir del mismo: “una certeza del desacato, contumacia y actitud temeraria, que de manera reiterada, continua, incivil y abierta ha mantenido la Asamblea Nacional, respecto del no acatamiento de todas las decisiones dictadas por este Máximo Tribunal de la República.”

La Sala Constitucional, ante lo que consideró una “evidente situación de desacato en la que ha incurrido el Poder Legislativo Nacional y su Junta Directiva de lapso vencido,” con “la consecuente nulidad de las actuaciones por ella ejercidas durante el año 2016 y lo que va del año 2017, incluyendo la írrita instalación del segundo período anual de sesiones, la designación de una Junta Directiva, Secretaría así como de la Sub-secretaría y las sesiones ordinarias por ella convocadas,” desconociendo la elección de la nueva Junta Directiva de la Asamblea, ordenó a los “Diputados que conformaron la Junta Directiva del lapso vencido [que había terminado el 5 de enero de 2017] acatar los fallos emitidos por este Máximo Tribunal,” lo que debían hacer “antes de proceder a la Instalación del período de sesiones correspondiente al año 2017,” a los efectos de que “la nueva Junta Directiva así como la Asamblea Nacional” pudieran sustentar “la legitimidad de sus actos” y poder continuar en un “segundo período anual de sesiones en situaciones normales y así restablecer el orden constitucional flagrantemente lesionado.”

De todo ello, la Sala Constitucional terminó su sentencia *anulando*:

“el 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. Así se decide.”

En consecuencia, resolvió la Sala declarar “*la omisión del poder legislativo nacional*,” ordenando que: “los Diputados que conforman la Junta Directiva del lapso vencido, deberán asumir sus funciones directivas y secretariales, para que de forma única y exclusiva den cumplimiento a las decisiones de este Máximo Tribunal, en aras de otorgarle las condiciones coherentes, objetivas y constitucionales, necesarias para el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional e inicio del segundo período anual de sesiones del año 2017 y así restablecer el orden constitucional.”

Finalmente, por si algo faltaba, la Sala Constitucional *dejó sin efectos* “el nombramiento írrito de la Junta Directiva de la Asamblea nacional efectuada en sesión del 5 de enero de 2017, y *prohibió*:

“la Asamblea Nacional realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal y perfeccione las condiciones coherentes, objetivas y constitucionales necesarias para el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la misma e inicio del período de sesiones del año 2017.

Precisando, para terminar para que no hubiera dudas sobre la eliminación definitiva del órgano de representación popular en Venezuela, por el sablazo final dado por la Justicia sin banda en los ojos, 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.”

70. 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 DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO PODÍA PRESENTARSE ANTE LA ASAMBLEA NACIONAL

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 271-275

Resumen: *El objeto de este comentario es analizar la sentencia No. 3 de 11 de enero de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual, luego de declarar que la Asamblea Nacional estaba en situación de desacato de decisiones judiciales anteriores, que le impiden ejercer sus funciones, considerando nulas sus actuaciones, ordenó que el Mensaje anual del Presidente de la República se presentase ante la propia Sala Constitucional y no ante la Asamblea Nacional.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Funciones; Juez Constitucional. Usurpación de funciones legislativas.*

Abstract *This purpose of these comments is to analyze the decision issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice No. 3 of January 11 of 2017, in which it declared that all the National Assembly acts, being in situation of contempt regarding prior judicial decisions, are null and void, preventing it to exercise its functions; providing in consequence that the Annual Speech of the President was to be delivered before the Constitutional Chamber and not before the Assembly.*

Key words: *National Assembly. Functions; Constitutional Judge. Usurpation of legislative functions.*

El mismo día 6 de enero de 2017, al día siguiente de la instalación de la Asamblea nacional para su segundo período de sesiones, el Presidente de la República, asistido del Consultor Jurídico del “Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno,” presentó ante la Sala Constitucional, una “demanda de interpretación del artículo 237 del Texto Fundamental, en relación al desacato que mantiene la Asamblea Nacional frente al Poder Judicial y al orden constitucional.”

Según se informa en la sentencia, la Sala Constitucional se reconstituyó el día 11 de enero y ese mismo día dictó la sentencia N° 3 de 11 de enero de 2017,¹ mediante la cual declaró “la omisión inconstitucional del Poder Legislativo Nacional,” en dar cumplimiento a sus múltiples sentencias de desacato, disponiendo que:

4.1. Que en esta oportunidad el Presidente Constitucional y en pleno ejercicio de sus funciones, ciudadano Nicolás Maduro Moros, debe rendir su mensaje anual al que refiere el artículo 237 Constitucional, en el que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior, ante el Tribunal Supremo de Justicia, en transmisión conjunta de radio y televisión, para llegar a la mayor cantidad de venezolanas y venezolanos.

El Presidente recurrente, en efecto, basó su demanda de interpretación sobre la presentación de su memoria anual ante la Asamblea nacional conforme a lo establecido en el artículo 237 de la Constitución, en el hecho de que la Sala Constitucional había declarado inconstitucionales y nulos todos los actos emanados de la Asamblea Nacional, “incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el

¹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>.

desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”, así como también en desacato a decisiones emanadas de esa Sala (*vid.* sentencias N° 808 y 810, de fechas 2 de septiembre de 2016 y 21 de septiembre de 2016, y recientemente en las N° 952 del 21 de noviembre de 2016, N° 1012, 1013 y 1014 del 25 de noviembre de 2016 y N° 1086 del 13 de diciembre de 2016, en las que ha ratificado el desacato por parte de la Asamblea Nacional a las decisiones N° 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016, emanadas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.”

Y considerando en consecuencia que constituía “un hecho público, notorio y comunicacional” que la Asamblea Nacional aún se encontraba en desacato, lo que resultaba de los actos adoptados en su sesión de instalación del 5 de enero de 2017, con lo cual se había “auto-incapacitado para ejercer las actuaciones constitucionales que le corresponden e impedir que los órganos respectivos puedan acudir a ella, como en situaciones de normalidad constitucional lo prescribe el Texto Fundamental,” el Presidente planteó su:

“duda hermenéutica respecto a si, ante tales circunstancias y a pesar de tal situación de desacato, debo presentar el mensaje ante la Asamblea Nacional que alude el artículo 237 Constitucional, o si, por el contrario, dada la omisión inconstitucional por parte del órgano Legislativo Nacional frente al Poder Judicial y a la Constitución, debo abstenerme de hacerlo ante la misma, sino, en esencia, presentar mi mensaje anual ante el Pueblo Venezolano, transmitido por los medios de comunicacional social, para informarlos debidamente de los logros alcanzados por el Gobierno Nacional durante el año 2016.”

Admitida la demanda de interpretación constitucional, y considerado el asunto como de mero derecho, la Sala hizo referencia a lo decidido por la Sala Electoral mediante sentencias N° 260 del 30 de diciembre de 2015, N° 1 del 11 de enero de 2016, y N° 108 del 1° de agosto de 2016, en las cuales de “manera enfática, categórica y expresa,” consideró que “con la juramentación como diputados del órgano legislativo nacional, los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, habían incurrido

“en el supuesto establecido en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al usurpar el ejercicio del referido cargo legislativo en desacato de la sentencia número 260 citada, norma constitucional que preceptúa que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos, se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto resultan inexistentes aquellas decisiones dictadas por la Asamblea Nacional a partir de la incorporación de los mencionados ciudadanos”.

La Sala Constitucional, además recordó:

“entre otras tantas, las sentencias de esta Sala N° 808 y 810, de fechas 2 y 21 de septiembre de 2016, respectivamente; 952 del 21 de noviembre de 2016, así como también las decisiones 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 1 del 6 de enero de 2017, en las que se ha ratificado el desacato por parte de la Asamblea Nacional a las decisiones N° 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 01 de agosto de 2016, emanadas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, estableciendo entre otros pronunciamientos “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”.

Igualmente, la Sala Constitucional hizo referencia a sus sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de decisiones de la Asamblea, por la misma razón de desacato de la Asamblea nacional, N° 614 del 19 de julio de 2016, N° 478 del 14 de junio de 2016, N° 460 del 9 de junio de 2016, N° 797 del 19 de agosto de 2016, N° 259 del 31 de marzo de 2016, N° 9 del 1° de marzo de 2016, de cuyo contenido que transcribió parcialmente en la sentencia dedujo que lo que ha hecho: “un sector que dirige la Asamblea Nacional, desde la teoría jurídica de las nulidades, es generar la nulidad absoluta y carencia de cualquier tipo de validez y eficacia jurídica de las actuaciones que ha venido realizando. Así se declara.”

La Sala Constitucional, pasó luego a referirse al derecho a la tutela judicial efectiva y al rol de la Justicia, haciendo referencia a sus decisiones N° 708 del 10 de mayo de 2001, N° 576 del 27 de abril de 2001, N° 290 de fecha 23 de abril de 2010, concluyendo que la actuación de la Asamblea Nacional de desacato a las decisiones tanto de la Sala Electoral como de la Sala Constitucional “determina la nulidad de cualquier acto emanado de dicho órgano parlamentario, en contumacia y rebeldía” a lo dispuesto por las mismas, “es decir, sin haber desincorporado formalmente a los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana como Diputados de dicha Asamblea Nacional, se traduce en la nulidad absoluta de dichos actos así emanados, junto a los derivados de los mismos (ver sentencia N° 2/2017) [...] resultando, por ende, dichos actos absolutamente nulos y sin ningún tipo de validez y eficacia jurídica. Así se declara.

Esa situación, a juicio de la Sala Constitucional, “*incapacita al Poder Legislativo para ejercer sus atribuciones constitucionales de control político de gestión*”, tal como lo declaró la Sala en sentencias N° 3 de 14 de enero 2016, y N° 9 del 1 de marzo de 2016, por lo que al constituir:

“un hecho público, notorio y comunicacional que el 5 de enero de 2017, la Asamblea Nacional inició su Segundo periodo de sesiones en un acto iniciado e impulsado por la Junta Directiva saliente, que la dirigió durante el año 2016, y se realizó en el seno de ese órgano legislativo en desacato frente al Poder Judicial (vid supra), la elección y juramentación de su Junta Directiva para el periodo en curso, circunstancia que, por ende, implica un vicio de nulidad absoluta que afecta la validez constitucional de ese y de los actos subsiguientes, así como también la legitimidad y eficacia jurídica de la juramentación y demás actos de la referida junta directiva –incluyendo la presidencia de la Asamblea Nacional– (sin mencionar las probables vulneraciones al Reglamento Interior y de Debates de la propia Asamblea Nacional).”

Debe precisarse que la Sala Constitucional, al dictar su sentencia, constató el hecho de que los dos diputados por el Estado Amazonas cuya desincorporación había sido ordenada judicialmente, efectivamente se desincorporaron luego de la sesión de instalación de la Asamblea, lo que a juicio de la Sala solo significó que la “Asamblea Nacional reconoció nuevamente su situación de desacato y de grave violación al orden constitucional,” y además que como ello ocurrió en “una sesión deliberadamente inválida por estar dirigida por una junta directiva electa y juramentada en desacato,” con ello, a juicio de la Sala “nuevamente reconocen de forma voluntaria la nulidad de todas sus actuaciones desplegadas en desacato.” En consecuencia, en virtud de que “la situación de desacato por parte de la Asamblea Nacional se ha mantenido y se mantiene de forma ininterrumpida,” la sala resolvió que ello:

“determina la actual omisión parlamentaria inconstitucional, entre otros, respecto de los actos de designación y juramentación de la actual Junta Directiva, así como de los actos subsiguientes desplegados por la misma, incluyendo las convocatorias a las sesiones posteriores y a las actuaciones desplegadas en las mismas y a los actos parlamentarios generados en ellas, además de la sesión del 9 de enero de 2016, en la que, además, al declarar el pretendido abandono del cargo por parte del Presidente Constitucional y en funciones de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, también desacataron deliberadamente la sentencia de esta Sala N° 948 del 15 de noviembre de 2016.”

De todo lo anterior, concluyó la Sala considerando que era “evidente la duda legítima” planteada por el Presidente de la República respecto a en funciones de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, respecto a la presentación de su Memoria anual conforme al artículo 237 de la Constitución, particularmente por el hecho de que respecto del control político que corresponde ejercer a la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración, “la Asamblea Nacional ha venido generando, en los últimos meses, situaciones de desacato y vulneraciones al orden constitucional que han determinado su propia incapacidad para poderlo ejercer y, en fin, su deliberada abstención de desplegar válidamente el resto de atribuciones constitucionales, al punto de determinar omisiones como las que se evidencian en el presente caso, entre las que se encuentra presenciar el mensaje presidencial anual previsto en la norma *sub examine*, a pesar del mandato popular al parlamento y de su juramento para cumplir y hacer cumplir la Constitución (lo que implica canalizar sus pretensiones políticas dentro del orden más elemental que previamente se ha dado el Pueblo: La Constitución).

En virtud de la anterior, conforme a la atribución que tiene la Sala Constitucional de “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo” (art. 336.7), “ante la necesidad de restablecer la situación de anormalidad constitucional generada por la mayoría de diputados que integran la Asamblea Nacional en la actualidad,” la Sala en su sentencia dispuso, como se dijo: Que en esta oportunidad el Presidente Constitucional y en pleno ejercicio de sus funciones, ciudadano Nicolás Maduro Moros, debe rendir su mensaje anual al que refiere el artículo 237 Constitucional, en el que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior, ante el Tribunal Supremo de Justicia, en transmisión conjunta de radio y televisión, para llegar a la mayor cantidad de venezolanas y venezolanos.

La Sala aclaró, sin embargo, en esta sentencia, que lo decidido “no significa que se esté anulando, haciendo nugatorio o impidiendo el ejercicio de las competencias y atribuciones inherentes a la Asamblea Nacional, sino precisamente garantizando que las mismas sean desplegadas dentro del marco del ordenamiento constitucional, cuya garantía corresponde a este Máximo Tribunal, conforme a lo previsto en los artículos 266 y 336 Constitucionales;” agregando sin embargo que: “mientras la Asamblea Nacional continúe en desacato a las decisiones emanadas de este Alto Tribunal, todos sus actos resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica,

incluyendo las leyes que sean sancionadas (ver sentencia de esta Sala N° 2/2017); sin menoscabo de la responsabilidad individual de los miembros respectivos de la Asamblea Nacional y de la naturaleza propia de la figura de la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 200 del Texto Fundamental y ampliamente sustentada en las fuentes del derecho (ver, entre otras, la sentencia de esta Sala N° 612 del 15 de julio de 2016). Así se ratifica.”

En definitiva, que, a juicio de la Sala Constitucional, la Asamblea Nacional no ha cesado de existir – obviamente pues está prevista en la Constitución y sus diputados fueron electos por el pueblo– pero que por decisión de la misma todas sus actuaciones son nulas e ineficaces.² Es decir, como si no existiese.

² Como lo observó José Ignacio Hernández, -Si alguien podía tener alguna duda, estas nuevas sentencias evidencian que la Asamblea Nacional no puede ejercer sus funciones jurídicamente ni tiene poder para hacer cumplir las decisiones que adopte. [...]. Para decirlo en lenguaje claro: los antecedentes de la Sala Constitucional demuestran que, más allá de lo que haga la Asamblea Nacional, sus funciones serán desconocidas y sus actos anulados y suspendidos. Seguir insistiendo en ejercicio jurídico de esas funciones solo producirá el mismo resultado. Una y otra vez.- En José Ignacio Hernández, -TSJ reitera desacato de la AN y anula la declaración de abandono del cargo presidencial,- en *Prodavinci*, 12 de enero de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/tsj-reitera-desacato-de-la-an-y-anula-la-declaracion-de-abandono-del-cargo-presidencial-por-jose-ignacio-herandez/>

71. 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 (Sentencia N° 155 de la Sala Constitucional)

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 276-291

Resumen: *En este comentario se analiza la sentencia No. 155 de 27 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un juicio de nulidad expedito contra un Acuerdo político de la Asamblea Nacional mediante la cual autorizó al Presidente de la República a ejercer sin límites los poderes de legislación de la Asamblea Nacional, despojando a los diputados de sus funciones legislativas y de la inmunidad parlamentaria.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Funciones; Inmunidad parlamentaria; Estados de excepción.*

Abstract: *This comments analyzes the decision No. 155 of March 27, 2017, of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, issued in an express process against a political Resolution of the National Assembly, authorizing the President of the Republic to exercise without limits the legislative functions of the Assembly, stripping the representatives of exercising its functions and of it parliamentary immunity.*

Key words: *National Assembly. Functions; Parliamentary immunity; State of exception.*

Con la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional, anulando el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela,¹ que había sido dictado seis días antes, es decir, el 21 de marzo de 2017, puede decirse que en Venezuela se ha consolidado definitivamente una dictadura judicial conducida por el Tribunal Supremo de Justicia, actuando y dictando sentencias arbitrarias, es decir, literalmente, como le da la gana, sin importarle lo que pueda decir la Constitución o la ley, sin respetar las formas procesales constitucionales ni legales, y violando todos los principios más elementales del derecho y del proceso.

En efecto, la Sala Constitucional desarrolló un “juicio” de nulidad de un acto parlamentario, sin proceso alguno, y, por tanto, sin contradictorio, violando las reglas más elementales del debido proceso, dictando medidas cautelares de oficio después de que el juicio había terminado, es decir, sin que hubiera juicio porque el que realizó de anulación, que tuvo una duración de solo tres (3) días, ya había concluido con la anulación del acto impugnado. En dichas “medidas cautelares,” entre otras decisiones, procedió a ordenarle, ni siquiera a permitirle aun inconstitucionalmente, sino a ordenarle al Presidente de la República a comenzar a gobernar “formal” y abiertamente violando la Constitución, para lo cual “decretando” inconstitucionalmente un Estado de Excepción, le otorgó una especie de “patente de corso” para que ignorara lo que podía quedar del ordenamiento jurídico y decidiera también como le venga en gana.

¹ Sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

Finalmente, en la sentencia dictada, como se dijo, en un juicio sin proceso, la Sala Constitucional, violando el principio dispositivo que consagra la propia Ley que la rige, decidió iniciar un juicio para el “control innominado de la constitucionalidad” de no se sabe qué actos, pero serán los que le de la gana; y de paso, eliminó la inmunidad parlamentaria de la mayoría de los diputados electos en diciembre de 2015.

I. SOBRE EL JUICIO “EXPRESS,” DESARROLLADO SIN PROCESO, CONSIDERADO COMO DE “MERO DERECHO,” EN VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

1. *El acto parlamentario impugnado*

La Asamblea, como se dijo, dictó el Acuerdo sobre la *Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA*, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela, el día viernes 21 de marzo de 2017, y no habiendo sido días hábiles los días sábado y domingo 22 y 23, dictó sentencia el día jueves 27, es decir, en un juicio sin proceso que duró sólo tres (3) días.²

En el acto impugnado, cuyo contenido ni siquiera fue copiado en el texto de la sentencia, la Asamblea Nacional, se limitó a expresar una opinión o criterio de que luego que desde mayo de 2016 la Asamblea Nacional hubiera instado la actuación de la OEA en relación con la crisis social e institucional del país mediante informe enviado al Secretario General de esta organización, la evolución de la situación del mismo revelaba lo que era obvio, es decir, “una agudización del desmantelamiento de la institucionalidad democrática y de la persecución política, aunada a la creciente crisis humanitaria,” lo que hacía “aún más grave y palmaria la alteración del orden constitucional y democrático que sufre Venezuela, limitándose entonces el Acuerdo a “apoyar la convocatoria inmediata” del Consejo Permanente de la OEA, instándolo a que luego de hacer una “apreciación colectiva de la situación del país y en especial de la alteración del orden constitucional y democrático,” acudiera “con urgencia a los mecanismos previstos en el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, para restituir el derecho al voto y garantizar la celebración de elecciones oportunas y en igualdad de condiciones.”

La Asamblea, además, requirió, que en adición a la realización de las elecciones que han sido postergadas como lo expresó en uno de los Considerandos del Acuerdo, esos mecanismos asegurasen también:

“1. La liberación inmediata de todos los presos políticos. 2. El establecimiento de un canal humanitario que permita el acceso inmediato de alimentos y medicinas a la población. 3. El respeto de las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional. 4. La separación de poderes y, en particular, la autonomía e independencia constitucional en la composición y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral. 5. El respeto, protección y garantía de los derechos humanos.”

Adicionalmente la Asamblea exhortó “a los Gobiernos de los Estados partes de la OEA, a que respalden, por medio de los respectivos representantes diplomáticos, la discusión en el Consejo Permanente de la severa crisis humanitaria e institucional que padece Venezuela, y la adopción de medidas efectivas que favorezcan una pronta canalización electoral del conflicto político y social.”

2. *Un juicio “express” contra una manifestación de opinión política*

Es decir, se trató pura y simplemente de una manifestación pública de expresión u opinión política efectuada por la Asamblea Nacional por el voto de la mayoría de sus miembros, en la cual lo que hizo fue limitarse a apoyar, instar o exhortar a que se adoptasen las medidas previstas en los compromisos internacionales de la República como los derivados de la Carta Democrática Interamericana, y nada más.

El juicio de nulidad, por tanto, se desarrolló contra la manifestación o expresión de la opinión política de la Asamblea, iniciándose el mismo mediante un recurso de nulidad por inconstitucionalidad intentado por un diputado a la Asamblea Nacional, contra dicha opinión política contenida en el Acuerdo, que fue presentado ante la Secretaría de Sala el día sábado 22 de marzo de 2017, fecha en la cual, dice la sentencia “se dio cuenta en Sala” del expediente, es decir, todos los magistrados que integran la Sala estaban allí presentes muy diligentemente el día sábado, que no es día judicialmente hábil, procediendo a designar ese mismo día como Ponente al propio Presidente de la Sala, aun cuando posteriormente, el propio día en el cual se dictó la sentencia, los magistrados acordaron decidir la “causa” bajo “ponencia conjunta” de todos, pasando de inmediato a dictar su sentencia.

² O si se quiere, una anulación -sin juicio.- Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-jose-ignacio-hernandez/>

3. *La denuncia de desacato y la petición de enjuiciamiento por traición a la patria*

El recurso de nulidad intentado, después de hacer el recuento de todas las sentencias adoptadas por la Sala durante el año 2016, en las cuales fue cercenando progresivamente las funciones, atribuciones y competencias legislativas de la Asamblea Nacional,³ y referirse a la situación de “desacato” que el recurrente le atribuyó a la Asamblea Nacional de la cual formaba parte, solicitó a la Sala Constitucional que declarase “la nulidad por inconstitucionalidad” tanto de la sesión de la Asamblea celebrada el 21 de marzo de 2017 como del Acuerdo parlamentario impugnado:

“por haberse realizado en franco desacato y desconocimiento de lo ordenado en la sentencia de la Sala Electoral N° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015, criterio confirmado por la sentencia de la Sala Constitucional N° 808 del 2 de septiembre de 2016, así como el desacato al mandamiento de amparo constitucional dictado en sentencia N° 948 del 15 de noviembre de 201(sic); y porque dicho acuerdo contradice principios fundamentales de nuestro orden Republicano, que tienen expresión en los artículos 1, 2, 3, 5, 7 y 326 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

El recurrente además de insistir en su demanda que se “declare nula e inexistente esta nueva incursión antidemocrática que está asumiendo el Parlamento en contra del Estado de Derecho y que, por lo tanto, anule de manera absoluta e inequívoca,” le solicitó que estimase la posibilidad de exhortar:

“a los órganos que integran el Consejo Moral Republicano y demás órganos e instituciones del Poder Público Nacional que estime pertinentes, a fin de que se inicie la investigación que determine la responsabilidad penal individual de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional que integran el denominado Bloque de la Unidad, ya que sus actuaciones constituyen un franco desacato a las sentencias y mandamientos de amparo constitucional de este máximo tribunal, además de la comisión del delito de *Traición a la Patria*, previsto y sancionado en el Código Penal venezolano” (*destacado en el original*)

4. *El juicio expreso de mero derecho y la violación del debido proceso*

Ante la petición formulada a la Sala Constitucional, lo primero que la misma hizo fue exonerarse a sí misma de la obligación constitucional de desarrollar un proceso que conforme al artículo 257 de la Constitución constituye “el instrumento fundamental para la realización de la justicia,” procediendo a declarar el asunto como de “mero derecho,” es decir, en términos de la jurisprudencia que citó la Sala, y que se remonta al año 2000, cuando exista una “*controversia*” (y la controversia solo puede existir si hay proceso y partes contradictorias en el mismo), que “esté circunscrita a cuestiones de mera doctrina, a la interpretación de un texto legal o de una cláusula contractual o de otro instrumento público o privado;” en la cual no hay “discusión sobre hechos,” (y *discusión* que solo se puede producir entre partes, que discuten), razón por la cual “no se requiere apertura de lapso probatorio, sino que basta el estudio del acto y su comparación con las normas que se dicen vulneradas.”

Sin embargo, siguiendo igualmente la doctrina jurisprudencial que cita, por ser el asunto de mero derecho consideró “innecesario el llamado a los interesados para que hagan valer sus pretensiones –sea en defensa o ataque del acto impugnado– por no haber posibilidad de discusión más que en aspectos de derecho y no de hecho.”

Es decir, reconoció la Sala que, si bien sí hay posibilidad de discusión, ello solo se referiría a aspectos “de derecho,” pero ello, por lo visto, no tenía ni tiene importancia alguna para la Sala, es decir, la discusión entre partes con posiciones contradictorias sobre temas jurídicos no tiene importancia alguna, procediendo entonces a entrar a decidir “sin más trámites el presente asunto. Así se decide.”⁴

En el caso debatido, por supuesto donde debió haberse dado inicio a un proceso constitucional, a los efectos de debatirse la cuestión “de mero derecho” entre las partes involucradas, que eran, nada más ni nada menos, por una parte, el recurrente, que fue un solo diputado, electo por el Estado Bolívar; y por la otra, los 90 diputados que aprobaron el Acuerdo impugnado, electos en todos los Estados del país, y que sin

³ Véase sobre esas sentencias Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

⁴ Las sentencias citadas para apoyar la decisión de declarar de mero derecho el juicio, y desarrollarlo sin partes, en violación de la garantía del debido proceso, fueron las siguientes: sentencia de 20 de junio de 2000 (Caso: *Mario Pesci Feltri Martínez vs. la norma contenida en el artículo 19 del Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que creó el Régimen de Transición del Poder Público*); sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*). La Sala citó, además, como precedentes las sentencias números 445/2000, 226/2001, 1.684/2008, 1.547/2011 y 09/2016.

duda tenían sus razones y motivos de derecho que debían ventilar ante el juez, o si se quiere, como lo identificó la Sala, el pueblo como “agraviado directo” lo que exigía oír a sus representantes electos que eran dichos diputados.

La garantía del debido proceso, en los términos sentados por el mismo Tribunal Supremo, “es un *principio absoluto* de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa,”⁵ el cual ni siquiera puede ser desconocido ni siquiera por el legislador,⁶ habiendo precisado con claridad, la misma Sala Constitucional 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; 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.”⁷

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;⁸ siendo “un derecho fundamental que nuestra Constitución protege 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.”⁹

Pero por lo visto, nada de ello tiene valor ni importancia para la Sala Constitucional cuando se trata de cercenarle sus potestades y funciones a los representantes del pueblo. El pueblo, a quien como se dijo la sala identificó en la sentencia como “agravado directo,” en definitiva no merece ser oído a través de sus representantes, pues la Sala es la que gobierna, sin derecho.

Y así, en solo tres días, la Sala Constitucional procedió a anular el Acuerdo parlamentario impugnado sin haberse enterado siquiera de los motivos y argumentos que los diputados que lo aprobaron esgrimieron para ello.

II. UNA SENTENCIA DE NULIDAD DE UN ACUERDO PARLAMENTARIO DICTADA SIN MOTIVACIÓN ALGUNA EN VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Para dictar su sentencia de nulidad del Acuerdo impugnado, la Sala solo tomó en cuenta lo que le advirtió el diputado recurrente, en el sentido de que dicho Acuerdo sobre la “Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela,” supuestamente constituía:

“una nueva expresión de su voluntad abierta de no acatar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, específicamente, las sentencias números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016 de la Sala Electoral y las números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017, de esta Sala Constitucional.”

La Sala Constitucional, con base en este solo alegato, consideró que “los mandamientos contenidos en esos fallos no son de ejercicio potestativo para el órgano del Poder Público al cual fueron dirigidos” sino “que son de obligatorio cumplimiento, so pena de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento

⁵ Véase sentencia de la Sala de Casación Civil en sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995 (Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*), en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12

⁶ 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 consagran 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.

⁷ *Ídem*.

⁸ Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (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 esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa-. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁹ Así lo estableció la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

venezolano ha dispuesto para el respeto y mantenimiento del orden público constitucional y más aún para el respeto y preservación del sistema democrático,” constatando que la Asamblea Nacional había “abiertamente incumplido” con sus sentencias “(entre otras, las sentencias N° 3 del 14 de enero de 2016; N° 615 del 19 de julio de 2016 y N° 810 del 21 de septiembre de 2016),” de lo cual, a juicio de la Sala:

“se evidencia que efectivamente existe una clara intención de mantenerse en franco choque con la Constitución, sus principios y valores superiores, así como en desacato permanente de las sentencias dictadas por la Sala Electoral y por esta Sala Constitucional, al punto de que su incumplimiento ya no sólo responde a una actitud omisiva sino que en acto de manifiesta agresión al pueblo como representante directo de la soberanía nacional, existe una conducta que desconoce gravemente los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como son la paz, la independencia, la soberanía y la integridad territorial, los cuales constituyen actos de **“Traición a la Patria”**, como lo ha referido el recurrente.”

Aparte de lo absurdo de sugerir que sea “traición a la patria” considerar que Venezuela se debe regir por lo que establece la Carta Democrática Interamericana,¹⁰ basta leer esta afirmación para constatar que contrariamente a lo que afirmó arbitrariamente la Sala, el asunto decidido *no era de mero derecho*: la Sala hizo referencia a “la clara intención” de los diputados de violar la Constitución. La intención del autor de un acto es una cuestión de hecho, que requiere prueba; no es una cuestión de mero derecho.

Agregó además la Sala que el supuesto desacato a sus sentencias denunciado para fundamentar el recurso de nulidad “ya no sólo responde a una actitud omisiva, sino que en acto de *manifiesta agresión* al pueblo.” De nuevo, la intencionalidad que resulta de la supuesta “manifiesta agresión” “que se atribuye a los diputados que aprobaron el Acuerdo no es una cuestión de mero derecho, es una cuestión de hecho que requería prueba, para poder concluir que los diputados realizaron con intención una “manifiesta agresión” al pueblo que ellos mismos representan en la Asamblea.

Y basta para constatar que el asunto no era de mero derecho, sino que se trataba de una cuestión de prueba que requería de un contradictorio, el hecho de que para decidir, la Sala solo se basó en la *información sobre los hechos* que acaecieron en sesión de la Asamblea Nacional según fueron reseñados en la página web oficial de la Asamblea Nacional (<http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/17508>) que se transcribió en la sentencia.

Del análisis de los hechos, que la Sala negó posibilidad alguna de discutir, concluyendo *motu proprio* que en la controversia planteada, en un juicio sin proceso ni partes, la Sala Constitucional debía “hacer frente a una situación de inconstitucionalidad, que afecta no sólo la esfera individual de los legisladores que no se encuentran en esa situación omisiva, sino que por la función que les ha sido encomendada, afectan al colectivo, en este caso, al pueblo que es en quien reside –como antes se apuntó– la soberanía nacional;” considerando entonces en definitiva, que en el juicio:

“el agraviado directo en esta acción es el pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, quien tiene la expectativa plausible y la confianza legítima en sus autoridades elegidas mediante la democracia como sistema de gobierno, de que los valores superiores consagrados en la Carta Magna y los principios constitucionales sean efectivamente garantizados, impidiendo toda actuación que busque una injerencia de autoridad extranjera sea cual fuese su naturaleza; ello porque constituye una ofensa grave a la norma suprema del Estado Venezolano, la cual debe ser cumplida a cabalidad por todos los órganos del Poder Público, y esta Sala en ejercicio de la jurisdicción constitucional, está llamada a evitar se produzcan ilícitos constitucionales que atenten contra la independencia y soberanía nacional y conlleven a la ruptura del orden y del hilo constitucional base del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que el pueblo de Venezuela se ha dado mediante votación universal.”

Y eso es todo lo que la Sala Constitucional argumentó sobre posibles “vicios de inconstitucionalidad” del acto impugnado, negándole a los representantes del pueblo que declaró como “el agraviado directo” en el juicio, la posibilidad precisamente de poder argumentar en representación del pueblo, pasando, sin motivación real alguna, a concluir su sentencia, sin más, afirmando que:

¹⁰ Como lo expresó José Ignacio Hernández: -la aplicación de la CDI no puede constituir el delito de traición a la patria, pues esa Carta es un Acuerdo Internacional asumido soberanamente por el Estado venezolano, que es además de directa y preferente aplicación en Venezuela. Aplicar la CDI equivale a aplicar la Constitución. Y nadie que invoque la Constitución puede incurrir en traición a la patria. -Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-jose-ignacio-herandez/>

“debe anular el acto impugnado que adolece *del vicio de inconstitucionalidad antes examinado (sic)* y, asimismo, ordenar se tomen medidas de alcance normativo *erga omnes*, a fin de propender a la estabilidad de la institucionalidad republicana. Así se decide.”

Y así, por tanto, sin siquiera identificar el vicio de inconstitucionalidad supuestamente examinado, la Sala concluyó anulando el Acuerdo parlamentario, y con sentencia definitiva, el mismo juicio “express.”

Con la sentencia anulatoria del Acuerdo de la Asamblea Nacional, que fue el acto impugnado en el juicio, por tanto, el juicio desarrollado, aun cuando sin proceso ni partes, terminó, y ninguna otra decisión podía adoptarse en el expediente, y menos, medida cautelar alguna que como es bien sabido y la Sala lo expresó en la sentencia solo se puede dictar antes de que se dicte la sentencia definitiva, y su duración es mientras se dicta la misma.

Pero en la bizarra “Justicia Constitucional” venezolana ninguno de estos principios tiene valor, y después de concluido el juicio mediante sentencia definitiva anulatoria, la Sala Constitucional, por una parte, *inició de oficio un nuevo juicio*, es decir, sin que nadie se lo pidiera lo que está prohibido en el ordenamiento jurídico venezolano donde priva el principio dispositivo, dispuso que se iniciase un juicio de “control innominado de la constitucionalidad,” y por la otra, procedió a *dictar una serie de medidas cautelares*, sin juicio, pues al que se refieren las mismas ya había concluido, y el nuevo que había ordenado iniciar, no se había comenzado.

III. EL ILEGAL INICIO, DE OFICIO, DE UN NUEVO PROCESO CONSTITUCIONAL DE “CONTROL INNOMINADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD” DE NO SE SABE QUÉ

En efecto, como es sabido, la Sala Constitucional en Venezuela, como sucede en general en el mundo con los Jueces Constitucionales, no puede iniciar de oficio proceso constitucional alguno, razón por la cual incluso el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo dispone que el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional “sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad,” es decir, conforme al principio dispositivo, no siendo aplicable dicho principio única y exclusivamente cuando se trata de “suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público.”¹¹

Ello lo ratificó el artículo 89 de la misma Ley Orgánica garantizando el principio dispositivo al establecer que el Tribunal Supremo de Justicia “conocerá de los asuntos que le competen *a instancia de parte interesada*,” siendo la única excepción solo la actuación “de oficio en los casos que disponga la ley.”¹²

No hay forma, por tanto, de que en Venezuela el Tribunal Supremo proceda a iniciar un juicio de inconstitucionalidad, ni siquiera inventándole el carácter de “control innominado de inconstitucionalidad” de oficio, sin instancia de parte, pues dicho “proceso” no existe en el ordenamiento constitucional venezolano.¹³

Pero ello, por lo visto no importó, pues la Sala Constitucional, como “máxima y última intérprete de la Constitución,” y como garante de “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” a juicio de la misma por lo visto puede simplemente hacer lo que le venga en gana, pudiendo proceder ante “cualquier acción u omisión de los órganos y particulares que conlleve el desconocimiento del vértice normativo del ordenamiento jurídico de la República” a “declarar la nulidad de todas las actuaciones que la contraríen,” así no haya un juicio iniciado por una parte.

La Sala pasó entonces a citar en apoyo de su declaración diversas sentencias en las cuales se analizó el principio de la supremacía constitucional y la naturaleza de la Justicia Constitucional y de la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala,¹⁴ declarando que la jurisprudencia allí sentada “es absolutamente

¹¹ Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 57 y 75 ss.

¹² 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.

¹³ Con razón José Ignacio Hernández indica que -en el Derecho venezolano no existe tal cosa como un -proceso de control innominado de la constitucionalidad.- Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-demo-cratica-por-jose-ignacio-hernandez/>

¹⁴ Citando las sentencias N° 1415 del 22 de noviembre de 2000; N° 33 del 25 de enero de 2001 y N° 1309 del 19 de julio de 2001.

conforme con lo dispuesto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos,” copiando a tal efecto diversas normas de la misma (arts. 1, 2, 3, 19 y 20); para luego, “teniendo en cuenta lo antes expuesto,” pasar a afirmar que:

“es notoriamente comunicacional que luego de dictado el acto declarado nulo en esta sentencia, han venido ocurriendo otras acciones e, incluso, omisiones, que también pudieran atentar de forma especialmente grave contra el sistema de valores, principios y normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y, en fin, contra la estabilidad de la República, de la Región y de la más elemental noción de justicia universal, razón por la que, conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 137, 253, 266, 322, 326, 333, 334, 335, 336 y 350 del Texto Fundamental, en armonía con sus artículos 337 y siguientes, en razón del Estado de Excepción vigente en la República (ver sentencia N° 113 del 20 de marzo de 2017); esta Sala Constitucional, en tanto máxima y última intérprete del Texto Fundamental, ordena de oficio la apertura de un proceso de control innominado de la constitucionalidad (cuyo expediente se iniciará con copia certificada de la presente decisión), para garantizar los derechos irrenunciables de la Nación y de las venezolanas y venezolanos, los fines del Estado y la tutela de la justicia, la independencia y soberanía nacional (ver, entre otros, los artículos, 1, 2, 3 y 5 *eiusdem*), el cual se seguirá conforme a lo previsto en los artículos 128 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en la jurisprudencia de esta Sala. Así se decide.”

Por supuesto, para tomar esta decisión, de iniciar de oficio un nuevo juicio de “control innominado de inconstitucionalidad,” “*respecto de los actos señalados en la presente decisión*,” cuyo expediente iniciará con copia certificada de la misma,” la verdad es que nadie sabe de qué, ni contra qué, ni contra quién, ni si se trata de un juicio basado en la idea de “justicia universal” y que por tanto, el poder anulatorio de la Sala pueda llegar a las decisiones que puedan adoptar los propios organismos internacionales.

En todo caso, con las cenizas del juicio que había fenecido con la sentencia definitiva de nulidad, al iniciar este nuevo juicio de oficio, la Sala ignoró y violó lo expresamente previsto en los citados artículos 32 y 89 de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le prohíben iniciar procesos constitucionales de oficio.

Sin embargo, ello por lo visto nada importa, procediendo la Sala a ordenar que se notificara de la decisión a diversos funcionarios y en este caso, si, se procediera a “ordenar el emplazamiento de los interesados mediante cartel,” y con base en el expediente del juicio fenecido, se “continúe el procedimiento. Así se decide.”

IV. LAS INCONSTITUCIONALES MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS FUERA DE ALGÚN PROCESO, DE OFICIO

Después de concluir el juicio de nulidad que originó la sentencia de anulación, que fue una sentencia definitiva, y después de ordenar que se iniciase de oficio un nuevo juicio, que debía comenzar con el expediente del juicio fenecido, la Sala Constitucional, antes de que se iniciara, procedió a dictar una serie de “medidas cautelares,” las cuales por esencia solo pueden dictarse en el curso de un proceso, pero nunca en una situación de ausencia de juicio, como en este caso, luego de que el juicio de nulidad había terminado y el nuevo juicio que se ordenó iniciar de oficio, no había comenzado.

Pero de nuevo, para la Sala Constitucional ningún principio procesal importa, pues la misma puede hacer lo que le venga en gana.

Y así, la Sala procedió a analizar las previsiones sobre medidas cautelares contenidas precisamente en el Capítulo II de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo sobre “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”, relativas precisamente a “las potestades cautelares generales que ostenta la Sala Constitucional *con ocasión de los procesos jurisdiccionales* tramitados en su seno.” Y de nuevo pasó a hacer referencia a jurisprudencia anterior donde trató el tema de las medidas cautelares como “instrumento cardinal para salvaguardar la situación jurídica de los justiciables,” constituyendo “la garantía de la ejecución del fallo definitivo,”¹⁵ pero considerando que “no se encuentran sujetas al principio dispositivo y, por tanto, operan incluso de oficio” pero por “su instrumentalidad” y, por ello, al “no constituir un fin por sí mismas,” siempre “son provisionales y, en consecuencia, fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal.”

¹⁵ Citando las sentencias N° 269 del 25 de abril de 2000, (caso: *ICAP*); N° 1.025 del 26 de octubre de 2010 (caso: - *Constitución del Estado Táchira*-).

Y así, sin más, sin identificar en cuál “juicio principal” pretendía dictar medidas cautelares, si en el juicio sin proceso terminado mediante sentencia definitiva de anulación, lo que ya no era posible; o en el proceso que había ordenado iniciar, pero en el cual aún no había comenzado el juicio, procedió a dictar medidas cautelares, motivada la Sala por:

“las inéditas acciones que afectan la paz y soberanía nacional y ante el reiterado comportamiento contrario al orden jurídico internacional que ha venido ejecutando el actual Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), lesivo a los principios generales del derecho internacional y a la propia Carta de la Organización de Estados Americanos”

Con base en esta sola motivación, la Sala entonces procedió a *ordenar* al Presidente de la República “en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes” de la Constitución, “en ejercicio de la jurisdicción constitucional,” una serie de medidas todas inconstitucionales, que se indican a continuación, usurpando las funciones del propio Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, desconociendo de paso la inmunidad parlamentaria.

1. *Órdenes al Presidente usurpando sus propias funciones como Jefe del Poder Ejecutivo en materia de dirección de las relaciones exteriores*

La primera medida cautelar que dictó la Sala fue ordenar inconstitucionalmente al Presidente de la República a que:

“proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional.”

Con este solo enunciado, la Sala Constitucional usurpó la competencia exclusiva del Presidente de la República de “dirigir las relaciones exteriores de la República” establecida en el artículo 236.4 de la Constitución, que debe ejercerse conforme al artículo 152 de la misma, lo que vicia la sentencia de nulidad conforme al artículo 138 de la Constitución, que dispone que “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

En similar vicio incurrió la Sala al ordenar también inconstitucionalmente al Presidente de la República a que:

“evalúe el comportamiento de las organizaciones internacionales a las cuales pertenece la República, que pudieran estar desplegando actuaciones similares a las que ha venido ejerciendo el actual Secretario Ejecutivo de la Organización de Estados Americanos (OEA), en detrimento de los principios democrático y de igualdad a lo interno de las mismas [...] Y así garantizar, conforme a nuestra tradición histórica, los derechos humanos sociales inherentes a toda la población, en especial, de los pueblos oprimidos. Así decide.”

Con este enunciado, la Sala Constitucional no solo también usurpó la misma competencia exclusiva del Presidente de la República de “dirigir las relaciones exteriores de la República” lo que vicia la sentencia de nuevo de nulidad conforme al mismo artículo 138 de la Constitución, por ser producto de una autoridad usurpada, que la hace ineficaz y sus actos nulos, sino que pretende convertir en policía de los organismos internacionales al Presidente de la República, pero sin dar ninguna orientación de con cuál propósito es que va a realizar la “evaluación” ordenada.

2. *Órdenes al Presidente de la República de adoptar medidas propias de un estado de excepción, usurpando las funciones del propio Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en materia de decretos de estados de excepción*

La segunda medida cautelar que dictó la Sala fue una equivalente, materialmente, a la inconstitucional emisión de un decreto de estado de excepción regulado en los artículos 337 y siguientes de la Constitución, al ordenar al Presidente que:

“en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción.”

El artículo 338 dispone que solo se puede decretar por el Presidente de la República, sometido a control político por parte de la Asamblea, “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,” autorizándose al Presidente de la República a tomar determinadas medidas cuando “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.”

Así, usurpando las potestades de otros poderes del Estado y violando la Constitución, ha sido la Sala Constitucional la que no solo ha “autorizado” al Presidente de la República, sino que le ha “ordenado” tomar “las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción,” sin límite alguno, y por tanto, materialmente suspendiendo *sine die* las garantías constitucionales que han quedado a merced de lo que el Presidente considere “pertinente y necesario.”

Se trató, ni más ni menos, de un verdadero decreto de estado de excepción, pero dictado por el Juez Constitucional, sin control político alguno por parte de la Asamblea, y sin lapso alguno de duración, lo que es inconstitucional bajo todo punto de vista.

Por tanto, de nuevo, la orden dictada está viciada de inconstitucionalidad por violar el artículo 236.7, y por tanto de nulidad conforme al artículo 138 de la Constitución, que dispone que “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos,” y además, al autorizar al Presidente para poder dictar medidas que puedan significar restricción de derechos y garantías constitucionales, conforme al artículo 25 de la Constitución, la sentencia también es nula y los magistrados que la suscribieron ordenando la adopción de las mismas “incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

3. *Órdenes al Presidente de la República usurpando las funciones de Poder Legislativo en materia legislación*

La tercera medida cautelar que dictó la Sala fue ordenar inconstitucionalmente al Presidente de la República a legislar y a modificar la legislación existente en el país, al ordenarle a que:

“en el marco del Estado de Excepción y ante el desacato y omisión legislativa continuada por parte de la Asamblea Nacional, revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar –pues pudieran estar cometiéndose delitos de naturaleza militar–), que permita conjurar los graves riesgos que amenazan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente.”

Con esta orden, la Sala Constitucional violó abiertamente la Constitución al atribuir al Poder Ejecutivo una función que es privativa de la Asamblea Nacional que es la de legislar establecida en el artículo 187.1 de la Constitución; por lo que, de nuevo, la sentencia está viciada de nulidad conforme al artículo 138 de la Constitución, que dispone que “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

La Sala Constitucional, por otra parte, para dictar esta orden conminando al Poder Ejecutivo a legislar violando la Constitución, hizo referencia al “marco del Estado de Excepción,” sin identificar cuál estado de excepción, por lo que no puede ser otro que el que ella misma “dictó” en forma constitucional en el mismo texto de la sentencia en la medida cautelar antes comentada, que como deriva de su texto es equivalente a decretar un estado de excepción, autorizando inconstitucionalmente al Presidente a reformar toda la legislación nacional sin control político alguno por parte de los representantes del pueblo.¹⁶

¹⁶ Es decir, como lo indicó José Ignacio Hernández, -Esto lo que significa es que, según la Sala Constitucional, el Presidente de la República puede hacer lo que quiera, incluyendo reformar Leyes, en el marco del -estado de excepción. Tal habilitación ilimitada al Presidente viola la Constitución, pues la Sala Constitucional no puede darle más poderes al Presidente que los que la Constitución le atribuye. Y mucho menos puede la Sala Constitucional habilitar al Presidente para ejercer la función legislativa: solo la Asamblea, por medio de la Ley habilitante, puede atribuir esa función.- Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-jose-ignacio-hernandez/> No es de extrañar, por tanto, que Antonio Sánchez García, haya comparado la sentencia con la -Ley para solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado, mejor conocida como la Ley Habilitante de 1933, aprobada por el Parlamento alemán el 23 de marzo de 1933,- considerando que -fue el segundo instrumento jurídico, después del decreto del Incendio del Reichstag, mediante el cual los nacionalsocialistas obtuvieron poderes dictatoriales bajo una apariencia de legalidad. La Ley concedía al canciller Adolf Hitler y a su gabinete el derecho de aprobar leyes sin la participación del parlamento, lo que supuso de facto, el fin de la democracia, de la República de Weimar y de su Constitución.- Véase Antonio Sánchez García, 28 de marzo de 2017, en <http://www.elnacional.com/autores/antonio-sanchez-garcia>.

4. *El desconocimiento, de paso, de la inmunidad parlamentaria*

Finalmente, la Sala, de paso, consideró que resultaba “oportuno” dejar sentado en relación con los diputados a la Asamblea nacional, que

“la inmunidad parlamentaria sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes) (ver sentencia de esta Sala Constitucional N° 612 del 15 de julio de 2016 y de la Sala Plena N° 58 del 9 de noviembre de 2010 y 7 del 5 de abril de 2011, entre otras).”

Para buen lector entendedor, pocas palabras: Es decir, al estimar la Sala Constitucional que en virtud del supuesto desacato en que han incurrido los diputados de la Asamblea Nacional, los actos que los mismos desplieguen entonces no se podrían considerar que son en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y por tanto, en ningún caso quedarían amparados por la inmunidad parlamentaria, y menos “frente a lo que califica la Sala de antemano como “ilícitos constitucionales y penales (flagrantes).”¹⁷

Por tanto, con la sentencia, la Sala Constitucional borró de un plumazo el contenido del artículo 200 de la Constitución respecto de los diputados electos en diciembre de 2015, y con ello, la inmunidad parlamentaria que ampara a dichos diputados,¹⁸ estimando que si incurren en presuntos delitos, ya ni siquiera el Tribunal Supremo debe conocer en forma privativa sobre su enjuiciamiento, sino que como la Sala ya ha calificado de flagrante los delitos que piensa habrían cometido, como por ejemplo el de “traición a la patria,” “la autoridad competente” puede ponerlos bajo custodia en su residencia y entonces comunicarlo al Tribunal Supremo.

Y así puede decirse que llega a su fin la saga por la consolidación de la dictadura judicial a cuya concepción la Sala Constitucional le dedicó todos sus esfuerzos desde enero de 2016.

V. **EL ATAQUE DEL TRIBUNAL SUPREMO CONTRA EL SECRETARIO GENERAL DE LA OEA, DR. LUIS ALMAGRO POR BUSCAR EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA**

No contentos con la sentencia anterior, todos los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, aprobaron un Acuerdo el mismo día 27 de marzo de 2017, en el cual rechazaron el Informe que presentó el Dr. Luis Almagro el 14 de marzo de 2017 ante el Presidente del Consejo Permanente de la OEA, considerando que el mismo contenía “señalamientos injerencistas, infamantes y lesivos al orden democrático y a la institucionalidad de la República venezolana;” condenando además “enérgicamente el atentado contra la paz ciudadana que pretende generar una matriz internacional que deslegitime al Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela como Poder autónomo, independiente, garante de la soberanía popular y como máximo y último intérprete de la Constitución.”

Los magistrados exigieron al Secretario General de la OEA “respeto al diálogo político permanente que se viene desarrollando en la República Bolivariana de Venezuela, al funcionamiento democrático institucional y a la paz ciudadana”, respaldaron “la política exterior del Estado venezolano, en la defensa irrestricta de la institucionalidad democrática,” y exhortaron al Ejecutivo Nacional “para que se ejerzan todas las acciones nacionales e internacionales a los fines de garantizar el respeto del Texto Fundamental y la soberanía nacional.”

¹⁷ Con razón José Ignacio Hernández se pregunta sobre esta declaración sobre la inmunidad parlamentaria: -¿Esto qué quiere decir? Aun cuando la Sala Constitucional no lo afirma categóricamente, la conclusión luce evidente: la Sala Constitucional considera que los diputados que aprobaron el Acuerdo sobre la CDI incurrieron en delitos que no están amparados por la inmunidad parlamentaria. Con lo cual, esos diputados podrían ser enjuiciados –y privados de libertad– sin necesidad de pasar por el trámite del allanamiento de la inmunidad parlamentaria.- Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-jose-ignacio-hernandez/>

¹⁸ -Artículo 200: Los diputados o diputadas 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. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia. / Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley.-.

En particular, acordaron

“solicitar al Ejecutivo Nacional que considere la posibilidad de proponer la remoción del actual Secretario General de la Organización de Estados Americanos, señor Luis Almagro, a la Asamblea General de ese organismo, según lo establecido en el artículo 116 de la Carta de la OEA, dada la reiterada agresión, contra la Carta Magna venezolana y sus instituciones.”¹⁹

¿Y qué fue lo que hizo el Dr. Almagro para merecer todos los epítetos utilizados y para que los magistrados pidieran su destitución? Pues solamente cumplir con su deber como Secretario General de la OEA en relación con la Carta Democrática Interamericana que es un instrumento internacional obligatorio para Venezuela, casi un año después de haber rendido su *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana* de 30 de mayo de 2016,²⁰ al presentar con fecha 14 de marzo de 2017, el *Informe de Seguimiento* sobre la situación en Venezuela, en el cual expresó lo que es obvio “y comunicacional,” que efectivamente:

“los miembros del Consejo Permanente, los ciudadanos de América y la comunidad internacional han sido testigos de la agudización de la crisis económica, social, política y humanitaria en Venezuela.

Las gestiones diplomáticas realizadas no han dado por resultado ningún progreso. Los reiterados intentos de diálogo han fracasado y los ciudadanos de Venezuela han perdido aún más la fe en su gobierno y en el proceso democrático. La ausencia de diálogo es la primera señal del fracaso de un sistema político, porque la democracia no puede existir cuando las voces no se escuchan o han sido silenciadas.”²¹

Y efectivamente, todo lo que siguió ocurriendo en Venezuela durante 2016 y los meses que van de 2017, muestran –como lo indicó el Secretario General– “hechos que no dejan lugar a dudas,” concluyendo con la lapidaria apreciación de que: “Venezuela viola todos los artículos de la Carta Democrática Interamericana.”

No uno de los artículos de la Carta, lamentablemente Venezuela ha violado todos los artículos de la misma, por lo que, frente a ello, y teniendo como mira el principio de que “la democracia y los derechos humanos son valores que deben estar por encima de la política,” y de que “la tarea que tenemos ante nosotros es apoyar a Venezuela y restaurar los derechos de su pueblo,” lo que el Secretario General propuso a los Estados Miembros de la OEA, fue que: “Nuestros esfuerzos deben concentrarse en restaurar el derecho a la democracia del pueblo venezolano conforme a lo que establece el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.”

Y sí, efectivamente, en la situación actual de Venezuela, de lo que se trata es de restaurar el derecho a la democracia, razón por la cual los venezolanos lo que debemos es agradecerle al Secretario General de la OEA sus esfuerzos y celebrar que al fin, la preocupación continental por el tema de la destrucción de la democracia en el país se haya comenzado a manifestar institucionalmente, con el planteamiento que en dos ocasiones hizo el Dr. Almagro ante el Consejo Permanente de la Organización, y que haya sido él mismo quien lo haya hecho tan acertadamente; confirmandose así, lo que hemos denunciado y analizado desde hace años,²² pues la democracia en Venezuela desde 1999 lamentablemente fue progresivamente

¹⁹ Véase sobre el Acuerdo la información en <http://www.tsj.gob.ve/-/tsj-rechaza-acciones-injerencistas-del-actual-secretario-general-de-la-oea-contra-venezuela>. El texto del Acuerdo puede consultarse en: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta-tsj/marzo/136-2017.pdf#page=1>. El video de la lectura del Acuerdo puede verse en: <https://www.youtube.com/watch?v=0ZsapQ8-o20>. Por supuesto, el Acuerdo del Tribunal Supremo, como lo destacó Carlos José Sarmiento Sosa, -carece de fundamento jurídico porque, constitucionalmente, la única función del TSJ es administrar justicia conforme a la carta magna y a la Ley Orgánica del TSJ, lo que se manifiesta mediante sentencias dictadas en nombre de la República y por autoridad de la ley. Por tanto, el Acuerdo como tal es una mera opinión personal no vinculante de los magistrados que lo avalaron.- Véase Carlos José Sarmiento Sosa, 29 de marzo de 2017, en <https://paraescatarelporvenir.wordpress.com/2017/03/29/carlos-jose-sarmiento-sosa-2/>

²⁰ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

²¹ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 14 de marzo de 2017 con el *Informe de seguimiento sobre Venezuela* en <http://www.oas.org/documents/spa/press/informe-VZ-spanish-signed-final.pdf>

²² Por ello, con razón, Antonio Sánchez García, ha expresado que -No nos alcanzará el tiempo a los venezolanos de bien, hoy acorralados, perseguidos y vituperados bajo el régimen más oprobioso que existiera en nuestra región desde las guerras de Independencia, para agradecer y honrar a Luis Almagro.- Véase Antonio Sánchez García, -Almagro, el héroe solitario,- 29 de marzo de 2017, en <http://www.el-nacional.com/autores/antonio-sanchez-garcia>

desmantelada,²³ precisamente utilizando los instrumentos e instituciones de la democracia,²⁴ pero con el objeto final de establecer de un régimen autoritario de gobierno en el marco de un Estado totalitario en desprecio de la Constitución y de la ley;²⁵ que está caracterizado incluso por la ausencia del más fundamental de los elementos de la democracia que es la elección de representantes.

No olvidemos, en efecto, y eso no se puede borrar ni ignorar, que el régimen, durante 2016, no sólo impidió la realización del referendo revocatorio presidencial a que tenía derecho el pueblo, sino que simplemente eliminó las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, diputados y concejales en los Estados y Municipios que debieron realizarse en 2016.

En paralelo, tampoco debe olvidarse, y eso tampoco lo pueden ignorar los magistrados del Tribunal Supremo, que entre los elementos medulares de esa ruptura del orden constitucional y democrático en violación de la Carta Democrática Interamericana que ha ocurrido en el país, está precisamente la obra ejecutada por el mismo Tribunal Supremo durante 2016, para impedir el funcionamiento de la Asamblea Nacional, al punto de lograr su aniquilación, lo que se hizo mediante sentencias a través de las cuales. Precisamente, se violó el orden constitucional y democrático.

En efecto, como es bien sabido, desde enero de 2016, particularmente la Sala Constitucional, reguló inconstitucionalmente el régimen interno de la Asamblea Nacional, reformando su *interna corporis*, que solo ella puede sancionar; se impidió el ejercicio autónomo de su potestad de legislar, sometiéndola al visto bueno previo del Poder Ejecutivo; se declararon nulas todas sus actuaciones legislativas pasadas y futuras de la Asamblea; se eliminó su potestad legislativa de realizar el control político en relación con el Gobierno y a la Administración Pública; se le impidió a la Asamblea su potestad de poder revisar sus propios actos y evocarlos; se declararon nulas absolutamente casi todas las leyes que fueron sancionadas durante 2016; se eliminó la potestad constitucional de la Asamblea de declarar votos de censura respecto de los Ministros y en general, de interpelarlos; se eliminó la potestad de la Asamblea de intervenir y controlar el proceso presupuestario, eliminándose la “ley de presupuesto”; y en fin, se eliminó hasta la potestad de la Asamblea de expresar sus propias opiniones políticas mediante Acuerdos,²⁶ siendo la sentencia comentada en las páginas anteriores, del 27 de marzo de 2017, la última de esta saga, la cual además, viola la Carta Democrática Interamericana.

Como lo expresó José Ignacio Hernández: “esta sentencia de la Sala Constitucional, además de violar la Constitución, viola la Carta Democrática Interamericana, que no es un instrumento que alguna potencia extranjera pretende imponer en Venezuela: es, recuerdo, un acuerdo que Venezuela, soberanamente, asumió y que por ende genera obligaciones, tanto internacionales como domésticas .

La sentencia comentada, al insistir en el desconocimiento del Poder Legislativo, anunciar posibles juicios penales en contra de los diputados de la Asamblea y otorgar al Presidente funciones que la Constitución no le atribuye, desconoce el estado de Derecho conforme éste es reconocido en la Constitución de 1999 y en la propia Carta.”²⁷

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjudicialización, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015; *Authoritarian Government v. The Rule Of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

²⁶ Véase los comentarios a todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016.

²⁷ Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dijo la Sala Constitucional sobre la AN y la Carta Democrática?, en *Prodavinci*, 28 de marzo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dijo-la-sala-constitucional-sobre-la-an-y-la-carta-democratica-por-jose-ignacio-hernandez/>

72. 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)

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 291-300

Resumen: *En este comentario se analiza la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un juicio de interpretación que duró un día, mediante la cual dando un golpe de Estado, la cual la Sala simplemente asumió de pleno derecho todas las competencias de la Asamblea Nacional, delegando algunas en el Presidente de la República.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Funciones; Juez Constitucional. Usurpación de funciones legislativas.*

Abstract: *The purpose of this comments are to analyze the decision N° 156 of March 29, 2017, issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice in a constitutional interpretation process that lasted only one day, through which the Chamber gave a coup d'Etat, assuming in fact and law all the attributions and functions of the National Assembly, delegating some of them on National the Executive.*

Key words: *National Assembly. Functions; Constitutional Judge. Usurpation of functions.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 156 de fecha 29 de marzo de 2017¹ decidió *en un solo día* –en el tiempo más corto en la historia de la Justicia Constitucional en Venezuela– un recurso de interpretación que habían intentado el día anterior, el 28 de marzo de 2017, los apoderados de la Corporación Venezolana del Petróleo, SA (CVP), empresa filial de Petróleos de Venezuela, S.A. PDVSA, referido específicamente al artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que regula la aprobación previa de la Asamblea Nacional para la constitución de empresas mixtas en el sector de la industria petrolera. La Sala, en definitiva, considerando que como la Asamblea Nacional no podía funcionar por estar la mayoría de los diputados que la componen en situación de desacato de sentencias anteriores, constituyendo ello una supuesta *omisión inconstitucional legislativa*, no podía entonces ejercer *de facto* las facultades previstas en dicha norma.

En consecuencia, la Sala Constitucional, en su sentencia, dando sin duda un golpe de Estado, resolvió que “mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional,” procedía a asumir de pleno derecho, inconstitucionalmente, la totalidad de las competencias de la Asamblea Nacional, y en consecuencia, a *ejercer directamente* todas las competencias parlamentarias de la misma, auto-atribuyéndose incluso la potestad de “delegar” el ejercicio de las mismas en “el órgano que ella disponga,” irónicamente “para velar por el Estado de Derecho” cuyos remanentes cimientos pulverizó con la decisión.

¹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>.

En cuanto a la potestad legislativa específicamente respecto de dicha Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Sala resolvió, también inconstitucionalmente, atribuirle al Poder Ejecutivo, “sobre la base del estado de excepción” que ella misma había decretado en sentencia publicada un día antes N° 155 del 27 de marzo de 2017,² indicando que “el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación.”

En fin, con esta sentencia se ha procedido a realizar un nuevo y quizás definitivo vaciamiento de las competencias de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

I. EL OBJETO DEL PROCESO DE INTERPRETACIÓN LEGAL

Los representantes de la CVP al interponer ante la Sala Constitucional un Recurso de Interpretación “sobre el contenido y alcance de la disposición normativa contenida en el artículo 187, numeral 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concatenación con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos,” la cuestión que pretendían dilucidar era, en sus palabras:

“cómo debe interpretarse tal norma, ante la actuación de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional y, de ser el caso, ante nuevas omisiones parlamentarias derivadas del mismo; circunstancia que requiere un pronunciamiento interpretativo que esclarezca, qué debería hacerse ante tal situación, respecto de la regla aludida, para permitir el funcionamiento del Estado y del sistema delineado en aquella ley (la Ley de Hidrocarburos).”

Es decir, la pretensión interpretativa en realidad no se refería a norma constitucional alguna, sino a la operatividad del artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos, frente a la situación definida por los solicitantes y declarada en anteriores sentencias por la propia Sala Constitucional. En tal sentido, la Sala Constitucional no tenía competencia para conocer de ese recurso de interpretación presentado.

En efecto, el artículo 266.6 de la Constitución le asigna a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley,” lo que repite en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le asigna a todas las Salas competencia para “conocer las demandas de interpretación acerca del alcance e inteligencia de los textos legales. La misma Ley, adicionalmente, en su artículo 25.17 le asigna específicamente a la Sala Constitucional competencia para “conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional,” y en su artículo 26.21 le atribuye de manera específica a la Sala Político Administrativa, la competencia para conocer de “los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo”.

Es decir, de acuerdo con la Constitución y la ley, y según ha reconocido la propia Sala Constitucional, existe una diferencia entre el recurso de interpretación constitucional y el recurso de interpretación de leyes,³ correspondiendo de acuerdo con la Constitución y la Ley, el primero a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo; y el segundo, respecto de leyes administrativas como es la Ley Orgánica de Hidrocarburos, a la sala Político Administrativa del mismo Tribunal. Por tanto, la competencia para conocer de un recurso de interpretación como el resuelto por la Sala Constitucional a través de la sentencia que se comenta, corresponde de manera exclusiva a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.⁴

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

³ Conforme a lo ha resuelto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo: -el recurso de interpretación constitucional es un mecanismo procesal destinado a la comprensión del texto constitucional, en supuestos determinados que pudieren generar dudas en cuanto al alcance de sus normas, y cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a esta Sala, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional; distinguiéndola de la acción de interpretación de ley a que se refieren los artículos 266.6 constitucional y 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya competencia se encuentra distribuida entre las distintas Salas que conforman este Máximo Tribunal, en atención a la materia sobre la cual verse el texto legal a ser interpretado.- Véase sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM>; reiterada entre otras en la sentencia N° 601 de 9 de abril de 2007 (caso: *Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda*) en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/609-090407-07-0187.HTM>.

⁴ Así lo estableció la propia Sala Constitucional al rechazar, por ejemplo, un recurso de interpretación de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones que se interpuso ante su seno, declarando que: -la Sala ha dejado claramente establecido que la acción de interpretación constitucional es distinta a la de interpretación de -textos legales-, que sí estaba recogida expresamente en nuestra legislación desde hacía décadas como competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal (número 24 del artículo 42 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), competencia que ahora tienen todas las Salas del Tribunal Supremo, en atención a lo establecido en el

Sin embargo, a pesar de ello, y de su evidente incompetencia por haberse solicitado la interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la sala Constitucional declaró su competencia fundamentándose en que la interpretación solicitada se hacía “en relación con el artículo 187, numeral 24 de la Constitución” así como en “la trascendencia del presente asunto y su vinculación con el desacato que persiste en la Asamblea Nacional, aunado a las omisiones parlamentarias que genera (art. 336.7 *eiusdem*) y en el marco del vigente Estado de Excepción (art. 339).”

Sin embargo, como resulta del propio texto del artículo 187.24 de la Constitución, nada de ambiguo u obscuro contenía que ameritase ser interpretado, pues lo que dispone es simplemente que “*Corresponde a la Asamblea Nacional: 24. Todo lo demás que le señalen esta Constitución y la ley.*”

En cuanto al artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que sustituyó el artículo 5 de la Ley de Nacionalización petrolera de 1975, el mismo tampoco contiene ninguna ambigüedad ni oscuridad que requiera interpretación, limitándose a regular la intervención de la Asamblea Nacional en el proceso de constitución de empresas mixtas en el sector de hidrocarburos, en la siguiente forma:

“Artículo 33. La constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la *aprobación previa de la Asamblea Nacional*, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La *Asamblea Nacional podrá modificar* las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes. Cualquier modificación posterior de dichas condiciones deberá también ser *aprobada por la Asamblea Nacional*, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Petróleo. Las empresas mixtas se regirán por la presente Ley y, en cada caso particular, por los términos y condiciones establecidos en el *Acuerdo que conforme a la ley dicte la Asamblea Nacional*, basado en el informe que emita la Comisión Permanente de Energía y Petróleo, mediante el cual apruebe la creación de la respectiva empresa mixta en casos especiales y cuando así convenga al interés nacional. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que le fueran aplicables.”

Como se dijo, nada de oscuro o ambiguo tiene esta norma que requiera de interpretación por la vía de un proceso judicial, por lo que en realidad, lo que solicitaron los recurrentes fue que la Sala Constitucional, al haber declarado en desacato a la Asamblea Nacional en relación con decisiones judiciales anteriores, que copian en el recurso, determinara cómo debía aplicarse esa norma, en el sentido de si “en el contexto actual” y “ante nuevas omisiones parlamentarias derivadas” del desacato, se requería o no la aprobación previa de la Asamblea Nacional para la constitución de empresas mixtas y para determinar las condiciones que deben

artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia./ La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia tampoco previó la acción de interpretación constitucional, pero sí la de las leyes, confirmando lo que había sido el criterio de esta Sala sobre la competencia distribuida entre todas las Salas que integran el más Alto Tribunal de la República. Esta ausencia de previsión legal acerca de la acción de interpretación constitucional es comprensible, por cuanto la jurisprudencia de esta Sala había dejado claramente sentado que se derivaba de los propios poderes que consagra la Constitución, por lo que resultaría irrelevante su previsión expresa. Es, en pocas palabras, un poder consustancial a su misión constitucional./ Esta Sala, con base en lo expuesto, *ha aceptado siempre su competencia para conocer de la interpretación constitucional, pero la ha declinado cuando se trata de pretensiones interpretativas de textos legales*, como sucede en el caso de autos. Sin embargo, los accionantes en el presente caso afirmaron la competencia de la Sala, aun siendo un recurso respecto a una ley, en el entendido de que el asunto debatido guarda relación con tres disposiciones constitucionales./ Ahora bien, no comparte la Sala la apreciación de los actores, sin negar la posible vinculación del asunto que plantean con esas tres (o más) disposiciones de la Constitución, toda vez que lo normal es ese nexo, más o menos notorio, entre la legislación y los postulados de rango supremo. *No puede, entonces, sostenerse que la relación de una norma legal con las normas constitucionales sea fundamento suficiente para que esta Sala fije su sentido y alcance, pues sería tanto como desplazar a ella la casi totalidad de las acciones autónomas de interpretación.*/ En realidad, lo relevante a efectos de la determinación de la competencia para conocer de la acción de interpretación, es precisar la *-materia-* que regula la norma en cuestión, es decir, el ámbito de relaciones sobre las que incide (civiles, mercantiles, laborales, administrativas, por citar parte de una clasificación tradicional de relaciones intersubjetivas regidas por el Derecho)./ En el caso de autos, se trata de una norma legal que regula la figura del arbitraje respecto de inversiones extranjeras, respecto de la cual a los accionantes se les presenta la duda acerca de si contiene una declaración de consentimiento general (legal) del Estado venezolano de someterse siempre a tal medio de solución de conflictos o si, por el contrario, es sólo una previsión que exige ese consentimiento en cada oportunidad en que sea necesario. / Es evidente, entonces, que se trata de un asunto de Derecho Público, sobre las relaciones (en este caso, la solución de controversias) derivadas de la inversión extranjera en el Estado venezolano, lo que hace que la competencia, por la materia, corresponda a la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal, con base en el número 6 del artículo 266 de la Constitución y número 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.- Véase sentencia N° 609 de 9 de abril de 2007, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/609-090407-07-0187.HTM>.

regir la realización de las actividades primarias, y que en consecuencia qué debía hacer el Ejecutivo ante tales circunstancias; y si la Asamblea Nacional podía o no modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes.

El asunto, por supuesto, fue declarado de inmediato como de mero derecho para poder ser resuelto en un día, particularmente “en atención a la gravedad y urgencia de los señalamientos que subyacen en la solicitud de nulidad (*sic*) presentada, los cuales se vinculan a la actual situación existente en la República Bolivariana de Venezuela, con incidencia directa en todo el Pueblo venezolano” entrando “a decidir sin más trámites el presente asunto. Así se decide.”

II. LA CONSTATAción DE LA SITUACIÓN DE OMISIÓN CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA DE FACTO POR DESACATO DE PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL RESPECTO DE LAS MÚLTIPLES DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, DICTADAS DESDE 2016

En el marco entonces de un proceso constitucional de interpretación, la Sala Constitucional, considerando que era “público, notorio y comunicacional que la situación de desacato por parte de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida hasta la presente fecha,” hizo referencia a todas las sentencias anteriores dictadas por el Tribunal Supremo en la materia, cuyo texto copió en la sentencia en las partes pertinentes.⁵

Primero, las dictadas por la Sala Electoral, en particular, las sentencias N° 260 del 30 de diciembre de 2015, N° 1 del 11 de enero de 2016, y N° 108 del 1° de agosto de 2016, respecto de las cuales indicó que “puede apreciarse que de manera enfática, categórica y expresa, la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, actuando en el marco de sus facultades y competencias constitucional y legalmente establecidas, procedió a la ratificación de los dispositivos por ella adoptados,” con relación al caso de la juramentación de los diputados por el Estado Amazonas que esa Sala Electoral había suspendido, razón por la cual “se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto resultan inexistentes aquellas decisiones dictadas por la Asamblea Nacional a partir de la incorporación de los mencionados ciudadanos.”

Y luego, las dictadas por la propia Sala Constitucional sucesivamente cercenando las potestades y funciones de la Asamblea Nacional en particular las sentencias Nos. 808 y 810, de fechas 2 y 21 de septiembre de 2016, respectivamente, N° 952 del 21 de noviembre de 2016, Nos. 1012, 1013, 1014 de 25 de noviembre de 2016 y N° 1 del 6 de enero de 2017, en las cuales esa Sala se ratificó el desacato por parte de la Asamblea Nacional a las decisiones de la Sala Electoral antes mencionadas y se resolvió:

“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.”

La Sala, adicionalmente hizo mención a sus otras sentencias en la misma materia, N° 614 del 19 de julio de 2016, N° 478 del 14 de junio de 2016, N° 460 del 9 de junio de 2016 y N° 797 del 19 de agosto de 2016, concluyendo que todos los actos adoptados por la Asamblea en situación de desacato, “contrarían lo dispuesto en los artículos 226 y 336 Constitucionales, entre otros, constituyen muestras indubitadas de usurpación de funciones y de desviación de poder,” como lo advirtió la propia Sala en sentencia N° 259 del 31 de marzo de 2016, siendo a la vez nulas como también lo destacó la Sala en su sentencia N° 9 del 1° de marzo de 2016, cuyos textos relevantes se copian en la sentencia objeto de presente comentario.

De acuerdo con la Sala:

“la consecuencia lógica de los diversos y multifactoriales desacatos desplegados por un sector que dirige la Asamblea Nacional, desde la teoría jurídica de las nulidades, es generar la nulidad absoluta y carencia de cualquier tipo de validez y eficacia jurídica de las actuaciones que ha venido realizando. Así se declara.”

De allí la Sala pasó a argumentar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva citando sus anteriores sentencias N° 708 del 10 de mayo de 2001, N° 576 del 27 de abril de 2001 y 290 de fecha 23 de abril de 2010, cuyos textos también transcribió en las partes relevantes, concluyendo que dicho derecho no solo comprende el derecho de acceso a la justicia sino la efectiva ejecución del fallo que resulte de los procesos.

⁵ De allí la extensión de la sentencia. Véase sobre esas sentencias Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

Por ello, la Sala destacó de nuevo que la actuación desplegada por la Asamblea Nacional, en contravención a la disposición expresa contenida en un fallo judicial, desconociendo lo dispuesto en una sentencia emanada del Tribunal Supremo “en la que se determina la nulidad de cualquier acto emanado de dicho órgano parlamentario, en contumacia y rebeldía a lo dispuesto por dicha decisión,” se traduce “en la nulidad absoluta de dichos actos así emanados, junto a los derivados de los mismos,” todo lo cual “*incapacita al Poder Legislativo para ejercer sus atribuciones constitucionales de control político de gestión,*” citando en apoyo lo resuelto en sus sentencias N° 3 de 14 de enero 2016, y N° 9 del 1 de marzo de 2016, cuyos textos también transcribió en la sentencia, en sus partes pertinentes.⁶

Luego de toda esta argumentación basada en extractos de sus propias sentencias, la Sala pasó de nuevo a afirmar que constituía “un hecho público, notorio y comunicacional,” con base en una reseña de prensa, que el 5 de enero de 2017, la Asamblea Nacional había iniciado su Segundo periodo de sesiones, “en desacato frente al Poder Judicial” por lo que la elección y juramentación de su Junta Directiva para el periodo en curso, “implica un vicio de nulidad absoluta que afecta la validez constitucional de ese y de los actos subsiguientes, así como también la legitimidad y eficacia jurídica de la juramentación y demás actos de la referida junta directiva,” pasando la Sala a declarar formalmente a la Asamblea Nacional en situación de *Omisión Inconstitucional parlamentaria*, en los siguientes términos:

“Como puede apreciarse, esta Sala ha advertido diversos desacatos en los que ha venido incurriendo de forma reiterada la Asamblea Nacional, sobre la base de la conducta contumaz de la mayoría de sus miembros, lo que vicia de nulidad absoluta sus actuaciones y, por ende, genera una situación al margen del Estado de Derecho que le impide ejercer sus atribuciones; circunstancia que coloca a la Asamblea Nacional en situación de Omisión Inconstitucional parlamentaria (art. 336.7 del Texto Fundamental), que esta Sala declara en este mismo acto.”

III. LA INCONSTITUCIONAL CONSECUENCIA DE LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL LEGISLATIVA; LA USURPACIÓN DE TODAS LAS FUNCIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Esta declaración de situación de Omisión Inconstitucional parlamentaria efectuada conforme al artículo 336.7 de la Constitución, lejos de conducir a lo que dice dicha norma que es que una vez declarada la omisión, la Sala debe fijarle un plazo al ente omiso para que cumpla la acción omitida, “y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección,” la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en una evidente usurpación de funciones legislativas, que hace nulas sus propias actuaciones, decidió “*asumir de pleno derecho*” el “*ejercicio de la atribución constitucional contenida en el artículo 187, numeral 24*” de la Constitución,” que establece, como antes se dijo, que:

“*Corresponde a la Asamblea Nacional: 24. Todo lo demás que le señalen esta Constitución y la ley.*”

Es decir, de un plumazo, como de la nada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, decidió asumir, in toto, de pleno derecho, todas las competencias de la Asamblea Nacional, para lo cual no tiene competencia en forma alguna.

Ello no es otra cosa que un golpe de Estado, que como bien lo enseña el Presidente de la Instituto Iberoamericana de Derecho Constitucional, profesor Diego Valadés, no solo ocurre cuando unos militares deponen a un gobierno electo sino, también, cuando se produce “el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente electo,”⁷ como en el caso del Tribunal Supremo de Justicia, cuyos magistrados fueron electos en segundo grado, aún con vicios de inconstitucionalidad, por la Asamblea Nacional.

Y fue con base en esta usurpación de funciones, evidentemente inconstitucional, y que solo puede dar lugar a actos ineficaces y nulos conforme al artículo 138 de la Constitución, que la Sala, actuando como si detentara el poder absoluto del Estado, pasó a resolver “la interpretación solicitada” del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que se le había formulado, con “carácter vinculante y valor erga omnes.” disponiendo lo siguiente:

⁶ Véase también sobre esas sentencias los comentarios en: Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

⁷ Véase Diego Valadés, *Constitución y democracia*, UNAM, México 2000, p. 35; y -La Constitución y el Poder- en Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados, UNAM, México 2000, p. 145.

Primero, que, a pesar del texto mismo de dicha Ley, “no existe impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el espíritu que establece el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos,” pero con la diferencia en relación con lo que dispone dicha norma, que en lugar de que debe solicitarse la aprobación previa de la Asamblea Nacional:

“el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, *deberá informar a esta Sala* de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. Cualquier modificación posterior de las condiciones deberá ser informada a esta Sala, previo informe favorable del Ministerio de Energía y Petróleo.”

Segundo, como consecuencia de esta “interpretación” la Sala Constitucional fue más allá y le prohibió a la Asamblea Nacional que “actuando *de facto*,” pueda hacer alguna modificación a “las condiciones propuestas ni pretender el establecimiento de otras condiciones.”

Tercero, la Sala Constitucional, de nuevo actuando como si detentara el poder absoluto del Estado, pasó a “atribuirle” la potestad de legislar al Poder Ejecutivo, en esta ocasión solo en las materias de la ley de Hidrocarburos, disponiendo que:

“sobre la base del estado de excepción, el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (ver sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017).

Es decir, en el marco del “estado de excepción” “decretado” inconstitucionalmente por la propia Sala Constitucional en la sentencia citada N° 155 del día anterior, 28 de marzo de 2017,⁸ la Sala decidió delegarle al Presidente la potestad de reformar la legislación de hidrocarburos.

Cuarto, finalmente, la Sala Constitucional, de forma general advirtió, de nuevo en el marco de los supuestos poderes absolutos que decidió asumir, que:

“mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.”

Es decir, en este caso, sin referencia alguna a la materia de hidrocarburos, la Sala Constitucional ratificó, irónicamente que “para velar por el Estado de Derecho” cuyos remanentes cimientos fueron pulverizados con la misma sentencia, que todas las competencias que la Constitución y las leyes atribuyen a la Asamblea Nacional, serán ejercidas directamente por la Sala Constitucional; y no sólo eso, también “por el órgano que ella disponga,” auto-atribuyéndose un poder universal de delegar y disponer de las funciones legislativas de la Asamblea, y decidir a su arbitrio cuál órgano del Estado va a legislar en algún caso, o cuál órgano va a controlar, en otro.

Nada más ni nada menos, que lo que sucede cuando hay un reparto de despojos.

⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

73. EL GOLPE DE ESTADO JUDICIAL CONTINUADO, LA NO CREÍBLE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE QUIEN LA DESPRECIÓ DESDE SIEMPRE, Y EL ANUNCIO DE UNA BIZARRA “REVISIÓN Y CORRECCIÓN” DE SENTENCIAS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL POR ÓRDENES DEL PODER EJECUTIVO

(Secuelas de las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017)

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 301-312

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar las consecuencias jurídicas y políticas de las sentencias de la Sala Constitucional No. 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017, con motivo del cuestionamiento hecho por la Fiscal General de la República contra dichas sentencias, y el requerimiento del Consejo Nacional de la Defensa de que fueran corregidas por la propia Sala Constitucional, lo que así anunció ésta formalmente.*

Palabras Clave: *Sentencias. Principio de inmutabilidad.*

Abstract: *This comments have the purpose of analyzing the political and legal consequences provoked by the Constitutional Chamber decisions N° 155 and 156 of March, 27 and 29, 2017, as a consequence of the challenge made by the Attorney General of the Republic regarding the decisions, the request for its modification by the Constitutional Chamber itself formulated by the National Defense Council, and the formal announcement of such revision.*

Key words: *Judicial decisions. Principle of immutability.*

I. EL GOLPE DE ESTADO CONTINUADO EN VENEZUELA Y SU CONDENA GENERALIZADA

Con las sentencias de la Sala Constitucional Nos. 155 y 156 de fechas 27 y 29 de marzo de 2017,¹ sin la menor duda en Venezuela se produjo un golpe de Estado, al despojarse a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales, y repartirlos como despojos, entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial,² hecho que fue condenado en forma generalizada tanto en el país como en el ámbito internacional.

El mismo día de publicada la primera sentencia, el 28 de marzo de 2017, que fue el mismo día en la cual los representantes de una empresa del Estado presentaban su recurso de interpretación que originó la segunda sentencia que se publicó el 29 de marzo,³ el Presidente de la República ya celebraba como una

¹ Véase la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>; y la sentencia N° 156 de 30 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>.

² Véase nuestros comentarios a dichas sentencias en los trabajos: -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 (sentencia N° 155 de la Sala Constitucional), 29 de marzo de 2017; y -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), 30 de marzo de 2017, publicados entre otros en *Diario Constitucional*, Santiago de Chile, 1 de abril de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

³ Recurso que según se indicó por la ONG Acceso a la Justicia, tuvo su motivación en que el Poder Ejecutivo había ofrecido -a la petrolera rusa Rosneft una participación en la empresa mixta Petropiar a cambio de ayuda para pagar bonos

“sentencia histórica” el nuevo golpe de Estado que había comenzado a dar la Sala Constitucional, indicando en el Consejo de Ministros que, según se reseñó en la prensa, que “su equipo jurídico” se encontraba:

“evaluando el alcance de la sentencia que emitió este martes el Tribunal Supremo de Justicia en el que ordena al Ejecutivo ejercer las acciones pertinentes para salvaguardar el orden constitucional.

Me están facultando con un poder habilitante especial para defender la institucionalidad, la paz, la unión nacional y rechazar amenazas de agresión o intervencionismos contra nuestro país. Ésta es una sentencia histórica.”

La prensa reseñó finalmente que “durante el Consejo de Ministros, el jefe de Estado señaló que además pedirá sugerencias a la Procuraduría General de la República y a la Sala Constitucional para cumplir con las órdenes dictadas por el máximo órgano judicial,”⁴ como si ésta última fuera un órgano asesor del Ejecutivo.

De lo anterior resulta evidente, por tanto, que todo lo que había y estaba haciendo la Sala Constitucional era por tanto conocido por el Jefe de Estado, cuyo Consejo de Ministros estaba entonces trabajando en cómo implementar “jurídicamente” las consecuencias del golpe de Estado

En resumen, el mismo, como fue resumido por las Academias Nacionales en el Pronunciamiento que formularon sobre las sentencias el día 1 de abril de 2017, se concretó en las siguientes acciones inconstitucionales:

“En dichas sentencias, la Sala Constitucional (i) se atribuye a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; (ii) atribuye competencias legislativas al Presidente de la República y le ordena ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo; (iii) limita la inmunidad parlamentaria, mientras permanezca lo que ha llamado “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”. En particular, la Sentencia 155, (iv) le otorga al Presidente de la República los poderes más amplios que haya tenido ciudadano alguno en la historia republicana venezolana, en violación del principio de separación de poderes, y desmonta el sistema de controles y contrapesos establecidos en la Constitución para el correcto funcionamiento entre las ramas del Poder Público, con el efecto de instaurar una concentración de poderes totalmente contraria a los principios y normas de la Constitución.

Por lo tanto, la Sala Constitucional usurpó en modo flagrante la autoridad legislativa y se permite dictar normas y órdenes que solo corresponderían al Poder Constituyente, razón por la cual sería forzoso concluir que las Sentencias 155 y 156 carecen de efectos y son nulas, además hacen responsables a quienes las dictaron, según lo previsto en los artículos 25 y 138 de la Constitución.”⁵

Adicionalmente, por ejemplo, la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, expresó sobre las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional que las mismas “constituyen actos arbitrarios que instauran una tiranía judicial y la ruptura del orden constitucional. La consecuencia de esta aberración jurídica e institucional socava y ultima al Estado de Derecho y al Régimen de Libertades Públicas derogando materialmente la Constitución de la República;”⁶ y la Conferencia Episcopal de Venezuela expresó que los venezolanos:

“estamos ante unas ejecutorias que desconocen e inhabilitan el órgano público que representa la soberanía popular, en función del ejercicio omnímodo y unilateral del poder, sin tomar en cuenta a la gente. Son decisiones moralmente inaceptables y, por tanto, reprobables. Las dos sentencias, producto de unas medidas que sobrepasan el ejercicio equitativo del poder, han provocado reacciones de numerosos países y pueden generar en Venezuela una escalada de violencia [...]

de la deuda que están próximos a vencerse, pero para concretar el acuerdo se requiere la aprobación de la Asamblea Nacional según la Ley de Hidrocarburos.- Véase en -TSJ: no aclares que oscureces. Las verdaderas repercusiones de las aclaratorias de las sentencias del TSJ.- Acceso a la Justicia, Caracas 1 de abril de 2017, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infjusticia/noticias/tsj-no-aclares-que-oscoreces/>

⁴ Véase la reseña: -Nicolás Maduro: El TSJ ha dictado una sentencia histórica. Durante el Consejo de Ministros, el jefe de Estado señaló que además pedirá sugerencias a la Procuraduría General de la República para cumplir con las órdenes dictadas por el máximo órgano judicial,- en El nacional, 28 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/nicolas-maduro-ts-j-dic-tado-una-sentencia-historica_87784.

⁵ Véase Comunicado de 2 de abril de 2017, en FRENTEPATRIOTICO.COM/paraescatarelporvenir.nir.wordpress.com.

⁶ Véase en <https://paraescatarelporvenir.com/2017/04/02/la-universidad-en-defensa-de-la-constitucion/>.

Más allá de las consideraciones jurídicas y constitucionales, la eliminación de la Asamblea Nacional, suplantándola por una representación de los poderes judicial y ejecutivo, es un desconocimiento absoluto de que la soberanía reside en el pueblo y de que a él le toca, en todo caso, dar su veredicto. Una nación sin parlamento es como un cuerpo sin alma. Está muerto y desaparece toda posibilidad de opinión divergente o contraria a quienes están en el poder. Se abre la puerta a la arbitrariedad, la corrupción y la persecución, un despeñadero hacia la dictadura siendo, como siempre, los más débiles y pobres de la sociedad los más perjudicados. Por estas razones, repetimos, esta distorsión es moralmente inaceptable.”⁷

Lo ocurrido con las sentencias fue advertido de inmediato por el Secretario General de la OEA, Dr. Luis Almagro, quien apenas se publicaron, el día 30 de marzo de 2017, denunció con razón, “el auto-golpe de Estado perpetrado por el régimen venezolano contra la Asamblea Nacional, último poder del Estado legitimado por el voto popular,” afirmando con lamento que lo que tanto había “advertido lamentablemente se ha concretado.” El Secretario General fue también preciso al destacar los aspectos medulares de las dos sentencias indicando que:

“El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha dictado dos decisiones por las que despoja de sus inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y, contrariando toda disposición constitucional, se atribuye las funciones de dicho Poder del Estado, en un procedimiento que no conoce de ninguna de las más elementales garantías de un debido proceso.

Por la primera de ellas, del 27 de marzo de 2017, el TSJ declara la inconstitucionalidad de acuerdos legislativos calificando como actos de traición a la patria el respaldo a la Carta Democrática Interamericana, instrumento jurídico al cual Venezuela ha dado su voto al tiempo de aprobarlo y fue el primer país en solicitar su aplicación en el año 2002.

Por el segundo fallo, del 29 de marzo, este tribunal declara la “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”, en forma que no conoce respaldo constitucional ni en las atribuciones de la Asamblea (art. 187 de la Constitución), ni mucho menos en la de la Sala Constitucional del TSJ (art. 336 de la Constitución) y que viola la separación de poderes que la propia Constitución exige sea respetada por todos los jueces los que deben “asegurar su integridad” (art. 334).

Dichas sentencias, a juicio del Secretario General, al “despojar de las inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y de asumir el Poder Legislativo en forma completamente inconstitucional son los últimos golpes con que el régimen subvierte el orden constitucional del país y termina con la democracia.”⁸

La denuncia del golpe de Estado también fue objeto de la atención de la prensa mundial y basta con destacar el editorial del diario *El País* de Madrid del mismo día 30 de marzo de 2017, en el cual se destacó que:

“La anulación de las competencias de la Asamblea Nacional venezolana, el traspaso de estas al Tribunal Supremo de Justicia –controlado por el chavismo– y la asunción de poderes extraordinarios en materia penal, militar, económica, social, política y civil por parte de Nicolás Maduro supone un mazazo institucional de una gravedad extrema, sin parangón desde que comenzara la crisis institucional en Venezuela. Es un auténtico golpe de Estado para el que no cabe la más mínima matización.”⁹

Y fue condenado por toda la comunidad internacional, destacándose entre otros, lo expresado por los expresidentes reunidos en torno a la Iniciativa Democrática España y las Américas IDEA con fecha 30 de marzo de 2017,¹⁰ cuando expresaron su:

⁷ Véase -Conferencia Episcopal Venezolana se pronunció sobre sentencia del TSJ,- Comunicado de la presidencia de la Conferencia Episcopal de Venezuela ante las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/iglesia/conferencia-episcopal-venezolana-pronuncio-sobre-sentencia-del-ts_j_88436-

⁸ Véase: -Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional,- El nacional, 30 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/almagro-denuncia-auto-golpe-estado-del-gobierno-contra-asamblea-nacional_88094.

⁹ Véase -Golpe de Estado en Venezuela. Nicolás Maduro consolida una dictadura,- *El País*, 30 de marzo de 2017, en http://elpais.com/elpais/2017/03/30/opinion/1490890200_815029.html.

¹⁰ Véase -Exjefes de Estado y de Gobierno de IDEA condenan golpe de Estado en Venezuela, -31 de marzo de 2017, en <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/exjefes-estado-y-gobierno-idea-condenan-golpe-estado-venezuela-n4118573>.

“más severa condena del golpe de Estado que se ha consumado en Venezuela con las decisiones 155 y 156 de su Tribunal Supremo de Justicia, dictadas los días 27 y 29 de marzo, mediante las que se abroga éste el ejercicio de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional desconociéndola, le pone final a la inmunidad parlamentaria de que gozan sus diputados, y le encarga a Nicolás Maduro Moros, Presidente de la República Bolivariana, gobernar al país por decreto, mediante un régimen de excepción y, de ser el caso, apelando a la Justicia Militar.”¹¹

En sentido similar, en la misma fecha, el expresidente del Gobierno español, Felipe González, expresó que

“La sentencia de la Corte Suprema anulando todos los poderes de la Asamblea Nacional es el paso definitivo que completa la estrategia de la trama totalitaria que desgobierna Venezuela. Un gobierno cívico militar, somete al Poder Judicial, al Consejo Nacional Electoral y liquida la democracia anulando los poderes de la Asamblea Nacional.”¹²

Incluso, hasta los cancilleres de Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay en el seno del Mercosur, cuyos Tratados contienen una cláusula democrática la cual durante tanto tiempo habían olvidado, la redescubrieron, activándola, por considerar que en Venezuela había una “*la falta de separación de poderes*” instando “al Gobierno de Venezuela a *adoptar inmediatamente* medidas concretas, concertadas con la *oposición*, para asegurar la *efectiva separación de poderes*, el respeto del *Estado de Derecho*, los *derechos humanos*, y el *respeto de las instituciones*; y exhortando al régimen bolivariano a respetar el *cronograma electoral*, *restablecer la división de poderes* y garantizar el pleno goce de los *derechos humanos*, *las garantías individuales y las libertades fundamentales y liberar a los presos políticos*.”¹³

II. LA REACCIÓN DE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA

En medio de todas las reacciones de rechazo y repulsa ante las acciones de la Sala Constitucional, que sin embargo, fueron celebradas por el Presidente de la República, como “históricas,” la Sra. Luisa Ortega Díaz, Fiscal General de la República, quien por su acción y omisión fue durante los últimos 15 años el bastión más importante en defensa del autoritarismo y de ocultamiento de todas las inconstitucionalidades cometidas por todos los poderes públicos controlados por el régimen; sorpresivamente, el día 31 de marzo de 2017, al presentar el Balance de Gestión del Ministerio Público, blandiendo la Constitución como siempre lo han hecho los funcionarios que la violan para pretender argumentar que actúan conforme a sus previsiones, expresó públicamente que de dichas sentencias se evidenciaban “varias violaciones del orden constitucional y desconocimiento del modelo de Estado consagrado en nuestra Constitución,” considerando que ello constituía “una ruptura del orden constitucional.”¹⁴

Fue la única manifestación de disidencia dentro de los Poderes Públicos controlados por el régimen autoritario respecto de lo que significaron las sentencias,¹⁵ lo que para algunos evidencian, por lo menos en su texto, como lo observó cándidamente Américo Martín, “una especie de reacción democrática dentro del chavismo y un reflejo de la presión nacional o internacional,”¹⁶ aun cuando evidentemente no constituyó ninguna posible ruptura con el gobierno de parte de la Fiscal General.

¹¹ Véase -Declaración de condena al golpe de Estado en Venezuela,- *IDEA*, 30 de marzo de 2017, en <http://www.diariola-sameras.com/america-latina/exjefes-estado-y-gobierno-idea-condenan-golpe-estado-venezuela-n4118573>.

¹² Véase Felipe González, -El paso definitivo de la trama totalitaria,- en *El País*, Madrid, 2 de abril de 2017.

¹³ Véase la reseña -El Mercosur activa la cláusula democrática por la falta de separación de poderes en Venezuela-. Los estados parte consideraron que el régimen de Nicolás Maduro rompió el -Orden democrático-. El lunes reiterarán su posición ante la OEA,- en *Infobae*, 2 de abril de 2017, en <http://www.infobae.com/politica/2017/04/01/el-mercotur-activa-la-clausula-democratica-por-la-falta-de-separacion-de-poderes-en-venezuela/>.

¹⁴ Véase el texto en la reseña -Fiscal general de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional,- en Redacción BBC Mundo, *BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905> Véase el video del acto en <https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE>.

¹⁵ Contrariamente a lo que expresó el -Defensor del pueblo- el quien luego de condenar -*la campaña emprendida por Luis Almagro*,- expresó -*su firme apoyo a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre la eliminación de la inmunidad parlamentaria*, alegando que ésta -evalúa apropiadamente- el comportamiento de quienes pudieran atentar contra el país.- Véase la reseña -Defensor del Pueblo apoyó la sentencia del TSJ que limita la inmunidad parlamentaria,- en Notototal, 29 de marzo de 2017, en <http://notitotal.com/2017/03/29/defensor-del-pueblo-apoya-la-sentencia-del-tsj-limita-la-inmunidad-parlamentaria/>

¹⁶ Véase en Nicholas Casey y Patricia Torres, -Venezuelan Court Revises Ruling That Nullified Legislature,- en *The New York Times*, April 2, 2017, p. 10.

El Presidente de la Asamblea Nacional, Julio Borges, en todo caso expresó sobre lo expresado por la Fiscal General, que “*El paso que ha dado, de hacer valer los valores de la Constitución, el mundo se lo reconoce;*” y por su parte, el antiguo Presidente de la misma Asamblea, Henry Ramos Allup también expresó que:

“La declaraciones dadas por la Fiscal General de la República señalando las aberradas sentencias y calificándolas como una ruptura del orden constitucional *significan un paso adelante de una institución que no quiere prestarse a las violaciones de la Constitución.*”¹⁷

Esta manifestación de la Fiscal General, por otra parte, otros como Michael Penfold, consideraron que constituía la expresión de “un nuevo juego de poder,” que el gobierno nunca pensó que provendría “del interior del mundo chavista,” agregando que:

“El gobierno subestimó, mucho más que el nivel de irritación internacional, el impacto que las fricciones generadas por la disolución de la Asamblea Nacional podía llegar a producir dentro de sus propias esferas de poder, encontrándose con una Fiscal General de la República que inmediatamente ventiló su opinión sobre las implicaciones tan atroces que se derivaban de unas sentencias judiciales que alteraban de raíz el orden constitucional. Evidentemente, la Fiscal General no emitió esta opinión sin el apoyo político de otros factores relevantes, que seguramente compartían las mismas inquietudes frente a las desviaciones del gobierno nacional.”

Agregó Penfold, por otra parte, que:

“La consecuencia el riesgo más grave para el gobierno es que las palabras de Ortega Díaz le permita a los organismos internacionales contar con la opinión autorizada, nada menos que de la Fiscalía General de la República, para declarar formalmente el colapso de la división de poderes y el cese del funcionamiento de la democracia en Venezuela.”¹⁸

En todo caso, al expresar cautela, uno de los dirigentes de uno de los principales partidos de oposición, Richard Casanova, indicó con razón que:

“No sabemos si la motivación es honesta, ojalá así sea, tampoco sabemos si es una posición definitiva, pero por lo pronto, su postura contribuyó a una inmensa victoria de las fuerzas democráticas. No es una heroína, ni hay que aplaudir nada, simplemente reconocer y valorar positivamente cuando –quienes han venido dando soporte a la dictadura– dan pasos en beneficio del orden constitucional y la institucionalidad democrática.”¹⁹

Lo cierto en todo caso, es que al valorar lo dicho por la Fiscal General, no hay que olvidar que esta señora, a pesar de que era la constitucionalmente encargada de “garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales” (art. 285.1, Constitución), estuvo encargada por orden del gobierno autoritario de garantizar que la persecución política contra quienes se opusieron y se han opuesto al mismo, se hiciese al margen de la constitución, habiendo sido la que materializó la imputación, la acusación, el enjuiciamiento y el encarcelamiento de todos aquellos que por alguna razón política cayeron en sus garras, violándoles impunemente todos los derechos y garantías judiciales y del debido proceso.²⁰ Demasiados fueron los perseguidos, quienes por supuesto no olvidan los embates que sufrieron en procesos conducidos por esta señora durante los últimos tres lustros, solo por tener una opinión diferente a la que ella asumió como suya.

¹⁷ Véase ambas declaraciones de Julio Borges y Henry Ramos Allup en la reseña -Fiscal general de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional,- en *Redacción BBC Mundo, BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905>. Véase el video del acto en <https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE>.

¹⁸ Véase Michael Penfold, -El nuevo juego de poder en Venezuela: de la ruptura al impasse constitucional,- en *Provinci*, 1 de abril de 2017, en <http://provinci.com/blogs/el-nuevo-juego-de-po-der-en-venezuela-de-la-ruptura-al-impasse-constitucional-por-michael-penfold/>

¹⁹ Véase la reseña: -El Golpe de Estado continua, tiene consecuencias y responsables-, 1 de abril de 2017, en <http://www.lapatilla.com/site/2017/04/01/el-golpe-de-estado-continua-tiene-consecuencias-y-responsables/>

²⁰ Véase solo por lo que respecta a quien esto escribe, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *En mi propia defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odreman y León Enrique Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N° 13, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2016; y *El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

En todo caso, y a pesar de ello, no puede dejarse de reconocer que la Fiscal General, a pesar de haber “olvidado” sus funciones respecto en los casi cincuenta procesos y sentencias dictadas por la misma Sala Constitucional desde enero de 2017, que igualmente han violado el orden constitucional y democrático,²¹ ahora, después de haber cohonestado hasta la saciedad todas las violaciones constitucionales ocurridas en el país durante los últimos lustros, al menos “descubrió” y se dio cuenta súbitamente, que las dos últimas sentencias, que son repetición de las anteriores, violan el orden constitucional, desconocen el Estado de derecho y constituyen una ruptura del orden constitucional; llegando incluso a considerar que era “su obligación manifestar ante el país su preocupación por tal evento,” haciendo además un llamando “*la reflexión para que se tomen caminos democráticos, que respetando la Carta Magna, propiciemos un ambiente de respeto y rescate de la pluralidad,*” y que se debata “de forma democrática” y se “respeten las diferencias.”²²

Sobre ello, estoy seguro que los perseguidos políticos en tantos procesos en los cuales al contrario de lo que ahora propicia, sufrieron las abyectas violaciones a los principios y garantías constitucionales más elementales por parte de esta señora y sus secuaces en el Ministerio Público, no celebrarán nada y considerarán dichas declaraciones solo como una muestra de cinismo, sabiendo cómo, al contrario de lo que expresó, la Fiscal General en dichos procesos penales lo que hizo fue darle la espalda a cualquier camino democrático, irrespetando la Carta magna, conduciéndolos en un ambiente de irrespeto total para los acusados, en una acción caracterizada por la ausencia total de espíritu de pluralismo, que siempre desconoció, al punto de amenazar personalmente a personas honorables en el sentido de que si no les gustaba el régimen que se fueran del país.²³

En todo caso, el cinismo se confirmará cuando se sepa cómo al reunirse mansamente con el Sr. Maduro, pudo llegar a “dirimir” el “impase” del cual habló el Presidente de la República,²⁴ o se atenuará si hace lo que para ser coherente debió haber hecho de inmediato que era como Fiscal General de la República, el haber tomado la iniciativa para propiciar la remoción de los magistrados que dieron el golpe de Estado, y con la diligencia que siempre demostró para perseguir a tantos, iniciar el enjuiciamiento de los mismos; como lo expresó el Colegio de Abogados del Distrito Federal al exhortar a “*la Fiscal General de la República a interponer de manera inmediata las acciones legales y sus respectivos antejuicios de mérito contra los responsables de la ruptura del hilo constitucional y del orden democrático señalado en sus declaraciones.*”²⁵

Ello mismo le solicitaron los profesores de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela, para que “proceda, como titular de la acción penal, iniciar los procedimientos que correspondan contra los perpetradores de los delitos cometidos y los actos de transgresión del orden constitucional.”²⁶

²¹ El listado de esas sentencias, respecto de -solo a las que han afectado directamente a la Asamblea Nacional, y sin contar las sentencias N° 155 y 156, da un total de 46 sentencias que como lo indicó José Ignacio Hernández, -en su conjunto configuran el golpe de Estado. Estas son, de la Sala Constitucional: 1.778/2015; 7/2016; 9/2016; 184/2016; 225/2016; 259/2016; 264/2016; 269/2016; 274/2016; 327/2016; 341/2016; 343/2016; 411/2016; 460/2016; 473/2016; 478/2016; 614/2016; 615/2016; 618/2016; 797/2016; 808/2016; 810/2016; 814/2016; 893/2016; 907/2016; 938/2016; 939/2016; 948/2016; 952/2016; 1.012/2016; 1.103/2016; 1.014/2016; 1.086/2016; 2/2017; 3/2017; 4/2017; 5/2017; 6/2017; 7/2017; 88/2017; 90/2017 y 113/2017. De la Sala Electoral, son: N° 260/2015; 1/2016; 108/2016 y 126/2016. Véase en -Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ, por José Ignacio Hernández, en -*Prodavinci*, 1 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>... Véase los comentarios a todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *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, Segunda edición ampliada, New York-Caracas, 2016.

²² Véase el texto en la reseña -Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional, - en Redacción BBC Mundo, *BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905> Véase el video del acto en <https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE>.

²³ En mi presencia esto se lo expresó al Director del diario *Tal Cual*, Teodoro Petckoff, de viva voz, a mitades de 2005.

²⁴ Véase la reseña -Maduro, tras instalar Consejo de Defensa de la Nación: Tengo fe de que se harán las aclaratorias necesarias, - Noticiero digital, 31 marzo 2017, en <http://www.noticierodigital.com/2017/03/maduro-tengo-fe-absoluta-de-que-este-consejo-hara-las-aclaratorias-necesarias/>

²⁵ Véase -Del dicho al hecho... Colegio de Abogados de Caracas insta a la Fiscal a ejercer acciones sobre su pronunciamiento, - 1 de abril de 2017, en <https://paraescatarelporvenir.com/2017/04/01/el-colegio-de-abogados-de-caracas/>

²⁶ Véase Comunicado de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, expresó sobre las sentencias 155-17 y 156-17 de la Sala Constitucional -constituyen

III. LA CONVOCATORIA Y REUNIÓN DE UN CONSEJO CONSULTIVO DE DEFENSA DE LA NACIÓN Y LA “EXHORTACIÓN” DEL PODER EJECUTIVO A LA SALA CONSTITUCIONAL PARA QUE VIOLASE LA LEY

La Constitución regula en su artículo 323, en título relativo a la Seguridad de la Nación, a un órgano denominado “Consejo de Defensa de la Nación” que es solo un órgano consultivo para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico, integrado por los titulares de todos los Poderes Públicos y algunos Ministros.

Luego de las sentencias de la Sala Constitucional y de las declaraciones de la Fiscal General, el Presidente de la República convocó dicho Consejo confiando que daría “buenos resultados para... hacer las aclaratorias respectivas, las aclaratorias necesarias, en el marco de la autonomía y la constitucionalidad de cada poder, para despejar cualquier tensión y cualquier duda”, y que en el mismo “este “impase” sea superado lo más rápido posible” considerando, como si alguien pudiera creerle, que en Venezuela “tenemos poderes independientes.”²⁷

Lo cierto fue que a la reunión de dicho Consejo, que se efectuó el mismo día 31 de marzo de 2017 en la noche, en la cual no asistieron ni los titulares del Poder Legislativo, ni del Poder Ciudadano, ni del Poder Judicial, es decir, solo integrado por funcionarios del Poder Ejecutivo, se adoptó una decisión en la madrugada del día 1 de marzo de 2017, en la cual luego de ratificarse, como si ello no estuviese dispuesto en la Constitución, que “el máximo tribunal de la República en su Sala Constitucional es la instancia competente para el control de la constitucionalidad de los actos emanados de cualquier órgano del poder público nacional que coliden con la Carta Magna, así como la resolución de los conflictos entre poderes,” en lugar de requerirle que dirimiera el supuesto conflicto existente (lo que por supuesto era imposible ya que era entre la propia Sala Constitucional y la Fiscal General, y la primera no podía resolver en causa propia), lo que resolvió fue, sin sentido alguno y luego de destarar los supuestos “loables esfuerzos” del Presidente de la República “en la búsqueda de soluciones para resolver, dentro del marco constitucional y mediante el diálogo constructivo, los conflictos entre los órganos del poder público nacional,” exhortar al Tribunal Supremo de Justicia para que cometiera abiertamente una ilegalidad, es decir, proceder:

“a revisar las decisiones 155 y 156 con el propósito de mantener la estabilidad constitucional y el equilibrio de poderes mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.”²⁸

Este acuerdo del Consejo Nacional de la Defensa, que como se dijo fue realmente un acuerdo adoptado por funcionarios del Poder Ejecutivo exclusivamente, por supuesto, emitido por un órgano que como lo destacó José Ignacio Hernández “carece de competencia para pronunciarse sobre “conflictos” de Poderes o sentencias de la Sala Constitucional,” fue, además:

“violatorio de los principios más básicos del Derecho venezolano, al “exhortar” la revisión de las sentencias Nro. 155 y 156; pues en estricto sentido, esas sentencias no pueden ser revisadas por nadie, ni pueden ser corregidas, al haber vencido el lapso previsto para ello. Tampoco puede la Sala Constitucional “revocar” esas sentencias.”²⁹

No se olvide, en efecto que como en todos los países del mundo, el artículo 252, del Código de procedimiento Civil prescribe categóricamente que “después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado,” razón

actos arbitrarios que instauran una tiranía judicial y la ruptura del orden constitucional. La consecuencia de esta aberración jurídica e institucional socava y ultima al Estado de Derecho y al Régimen de Libertades Públicas derogando materialmente la Constitución de la República.- Véase Comunicado de 2 de abril de 2017, en FRENTEPATRIÓTICO.COM/paraescatarelporvenir.wordpress.com. En igual sentido véase -Juristas coinciden en que golpe contra la AN continúa aún con -sentencias de rectificación-, *La Patilla.com*, 2 de abril de 2017, en <http://www.lapatilla.com/site/2017/04/02/juristas-coinciden-en-que-golpe-contra-la-an-con-tinua-aun-con-sentencias-de-rectificacion/>

²⁷ Véase la reseña -Maduro, tras instalar Consejo de Defensa de la Nación: Tengo fe de que se harán las aclaratorias necesarias,- Noticiero digital, 31 marzo 2017, en <http://www.noticierodigital.com/2017/03/maduro-tengo-fe-absoluta-de-que-este-consejo-hara-las-aclaratorias-necesarias/>

²⁸ Véase su texto en -Consejo de Defensa Nacional exhorta al TSJ a revisar sentencias 155 y 156 // #MonitorProDaVinci, 1- de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/2017/04/01/actualidad/consejo-de-defensa-nacional-exhorta-al-tsj-a-revisar-sentencias-155-y-156-monitorprodavinci/>

²⁹ Véase José Ignacio Hernández, -Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ,- en *Prodavinci*, 1 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>

por la cual que es una ilegalidad infame que los funcionarios del Poder Ejecutivo que participaron en la reunión de ese Consejo, le hubieran solicitado a la Sala Constitucional que “revise” sus sentencias, lo que no le es permitido hacer; de manera que incluso si lo hacía lo que iba a evidenciar es que carecía totalmente de autonomía e independencia, como efectivamente ocurrió.³⁰

Además, era evidentemente inocua cualquier “revisión” de esas dos sentencias respecto de la Asamblea Nacional, la cual había sido despojada de sus competencias por las sentencias anteriormente dictadas por la misma Sala Constitucional desde enero de 2016 que consolidaron un “golpe de estado permanente” perpetrado contra la Asamblea.³¹

IV. EL INSÓLITO ANUNCIO DEL ACATAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN “EXHORTADA” DADA POR EL PODER EJECUTIVO

En todo caso, en cumplimiento inmediato de lo resuelto por el Poder Ejecutivo, mediante el uso del parapeto conocido como Consejo de Defensa de la Nación, integrado en este caso solo por funcionarios del mismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la madrugada del día 1 de abril de 2017, hizo montar en la página web del Tribunal Supremo la información de que se habían dictado dos sentencias, las N° 157 y 158, mediante las cuales se modificaban las anteriores que habían sido cuestionadas. Lo que apareció en la página web del Tribunal Supremo fue la información siguiente:

“Decisión 157: Se Aclara de Oficio la sentencia N° 155 de fecha 28 de marzo de 2017, en lo que respecta a la inmunidad parlamentaria. Se suprime dicho contenido. Se suprime la cautelar 5.1.1 de dicho fallo.

Decisión 158: Se Aclara de Oficio la sentencia N° 156 de fecha 29 de marzo de 2017, en lo que respecta al punto 4.4 del dispositivo cuyo contenido está referido a que la Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por ésta o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho, el cual se suprime.”

Y nada más. Para el domingo 2 de abril de 2017 en horas de la noche, no solo las sentencias anunciadas no habían sido publicadas, sino que la misma página web del Tribunal Supremo estaba “caída.”³²

Lo único que se conocía de parte del Tribunal Supremo era un “Comunicado” leído el día 1 de abril de 2017 por el Presidente del mismo, en el cual su “junta directiva,” contrariamente a lo dispuesto en las sentencias Nos 155 y 156 dictadas dos días antes, atendiendo “al exhorto del Consejo de Defensa,” procedió “a revisar las sentencias,” afirmando –contrariamente a lo que dice su texto– que el máximo tribunal del país “no disolvió o anuló la Asamblea Nacional ni la despojó de sus atribuciones con las decisiones tomadas el 28 y 29 de marzo.”

Los magistrados supuestamente reconocieron “la inmunidad parlamentaria como una garantía de la función legislativa dentro los límites establecidos en la Constitución,” indicando que “con la aclaratoria sobre las decisiones se “permite sumar” en el espíritu democrático.”³³

³⁰ Sobre ello observó José Ignacio Hernández que, si la Sala Constitucional cumple con el comunicado del Consejo, es por cuanto carece de autonomía e independencia. Por composición numérica, el Consejo es dominado por el Gobierno, y según la Constitución, la Sala Constitucional debe ser autónoma frente al Gobierno. Todo lo contrario, a lo que se desprende del comunicado, en el cual pareciera que, por consensos dentro del Consejo, se pactan decisiones del Tribunal.- Véase en -Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ; por José Ignacio Hernández, -Prodavinci, 1 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-ts-j-por-jose-ignacio-hernandez/> El mismo profesor Hernández en otro evento expresó sobre ello lo ocurrido que -Todos vimos cómo el TSJ y la Sala Constitucional siguen instrucciones del Gobierno, pero ahora lo vimos en televisión. Vimos en vivo y directo como el presidente Nicolás Maduro, en el Consejo de Defensa de la Nación que nada tenía que ver en este asunto, le daba órdenes al TSJ para que corrigiera sus decisiones y en cuestión de horas publicaron dos aclaratorias. Un tribunal independiente no aceptaría eso.- Véase en Juan Francisco Alonso, -Tribunal Supremo de Justicia no ha dado marcha atrás en su golpe al Parlamento,- en Diario las Américas, 1 de marzo de 2017, en [DIARIOLASAMERICAS.COM/paraescatarelporvenir.wordpress.com](http://diariolasamericas.com/paraescatarelporvenir.wordpress.com).

³¹ Véase en -Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ; por José Ignacio Hernández, -Prodavinci, 1 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-ts-j-por-jose-ignacio-hernandez/>

³² En el Internet no hubo posibilidad de acceder a la página del Tribunal Supremo, durante el sábado y el domingo 1 y 2 de abril de 2017, y al intentar entrar en la misma salía la indicación -This site can't be reached. www.tsj.gob.ve took too long to respond.-

³³ Véase -TSJ al país: No despojamos al Parlamento de sus atribuciones,- El nacional 1 de abril de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/tsj-pais-despojamos-parlamento-sus-atribuciones_88473.

Y a renglón seguido, como si se tratase de un juego inocente, el Sr. Maduro, Presidente de la República, en vista de este anuncio, afirmó que después de haber enfrentado “una situación compleja” informaba que “en pocas horas, activando los mecanismos de la Constitución, fue superada exitosamente la controversia que surgió entre dos poderes,” comentando que:

“me tocó como Jefe de Estado actuar. Actué rápido, sin dilación, sin demoras y ya en la madrugada de hoy 1 de abril habíamos superado absolutamente la controversia que había surgido”.³⁴

Por supuesto, ninguna “controversia constitucional” había surgido (conceptualmente es imposible que surja entre la Sala Constitucional y otro órgano del Estado), que hubiese sido superada, siendo lo expresado por el Jefe de Estado demasiado elemental. El Presidente de la Asamblea Nacional, Julio Borges, en cambio afirmó que:

“La macolla del TSJ quiere hacer ver que echaron la sentencia para atrás. El TSJ quiere maquillar un muerto. El TSJ ya dio un golpe de Estado que no pueden corregir. Aún si anularan la sentencia, ya cometieron el golpe. El reclutamiento (*sic*) lo que demuestra es que en Venezuela no hay separación de poderes.”³⁵

Sobre ello, el profesor Gerardo Fernández, al indicar con razón que lo que había hecho el Tribunal Supremo era “acatar órdenes del Poder Ejecutivo,” en “otro signo inequívoco de la inexistencia de la separación de poderes en el país,” aún sin conocer el texto de las sentencias, precisó que:

“La aclaratoria no resuelve la ruptura del orden constitucional porque el régimen a través del TSJ sigue usurpando las funciones de la Asamblea Nacional, lo cual ha consolidado a través de casi 60 sentencias. El orden constitucional sigue alterado, el régimen impide a la AN ejercer su función política, legislativa, de control y administrativa. Aún con la aclaratoria, permanece vigente la imposibilidad de controlar contratos de interés público.”³⁶

Precisó, además, con razón, que “una aclaratoria como herramienta procesal solo es admisible para corregir errores materiales, por ejemplo, de una fecha, pero no para cambiar el fondo de la decisión,” todo lo cual se completó con la apreciación del profesor Alberto Arteaga de que en este caso:

“nunca una aclaratoria pudo confundir más y expresar el estado de anomia del país. Queda claro ante el mundo que desapareció todo vestigio de poder judicial autónomo e independiente. Más grave que las decisiones 155 y 156 del TSJ, es la rectificación inmediata por ‘acatamiento’ al Ejecutivo.”³⁷

Es decir, conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, la Sala Constitucional ni podía ni revocar ni reformar las sentencias 155 y 156, y menos aún podía actuar de oficio. Respecto de sentencias definitivas, el tribunal que las dicta solo puede “aclarar dudas, salvar omisiones o rectificar errores de copia, o dictar ampliaciones, siempre y cuando lo hubiere solicitado algunas de las partes al día de la publicación de la sentencia, o al día siguiente;”³⁸ pero, sin embargo, como se anunció en la página web del Tribunal Supremo, y lo destacó el profesor Román José Duque Corredor, lo que ocurrió fue que, de oficio:

“1º) La Sala Constitucional suprime un contenido de la sentencia 155, que representó una amenaza a la inmunidad parlamentaria y una medida cautelar que implicaba ruptura del principio de la separación de poderes; y

2º) La Sala Constitucional suprime totalmente el contenido de la sentencia 156 que significó la usurpación por su parte de la totalidad de las competencias de la Asamblea Nacional.”³⁹

³⁴ Véase la reseña: -Maduro: Actué rápido y pudimos superar exitosamente la controversia entre el TSJ y el MP,- en *Noticiero Digital*, 1 de abril de 2017, en <http://www.noticierodigital.com/2017/04/maduro-actue-rapido-y-pudimos-superar-exitosamente-la-controversia-entre-el-ts-j-y-el-mp/>

³⁵ -Diputados afirman que -rectificación- del TSJ no borra golpe de Estado-, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/diputados-afirman-que-rectificacion-del-ts-j-borra-golpe-estado_88511

³⁶ -Se mantiene desconocimiento de la Asamblea Nacional. Gerardo Fernández y Alberto Arteaga Sánchez señalaron que los cambios parciales en los fallos revelan que no hay separación de poderes, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/mantiene-desconocimiento-asamblea-nacio-nal_88521

³⁷ *Ídem*.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ Véase Román José Duque Corredor, -Los 7 magistrados de la Sala Constitucional y sus responsabilidades penales y éticas. su enjuiciamiento y remoción,- 1 de abril de 2017, en <http://justiciaye.cologaiintegral.blogspot.com/2017/04/los-7-magistrados-de-la-sala.html>.

Ello, por supuesto y con razón, a juicio del mismo profesor Duque, constituyó “la aceptación de la Sala Constitucional de su actitud hostil contra un poder legítimo, como lo es la Asamblea Nacional,” habiéndose configurado con sus sentencias 155 y 156, según la jurisprudencia de su Sala Penal, el “delito de rebelión contra un poder nacional, en atención lo dispuesto en el artículo 143, del Código Penal,” del cual son responsables penalmente los magistrados según el artículo 200 de la Constitución; lo que obliga a la Fiscal a solicitar se califiquen estas faltas como causales de la remoción de los referidos magistrados.⁴⁰

Todos estos acontecimientos, como lo recordó Oswaldo Álvarez Paz, “protagonizados alternativamente por el Tribunal Supremo de Justicia, la Fiscal General de la República, el Ejecutivo y los conocidos corifeos”, apóstoles de la “revolución bolivariana”, por lo demás, lo que hicieron fue “desenmascarar nacional e internacionalmente al régimen dictatorial que nos gobierna,” y “terminar de darle la razón más plena a los informes de Luis Almagro, secretario general de la OEA y a la solidaridad de los gobiernos de alrededor de 20 países que lo acompañan en sus corajudas acciones.”⁴¹

Queda por analizar el contenido de las sentencias anunciadas antes de que la página web del Tribunal Supremo fuese tumbada, situación en la que permanece cuando termino de escribir esta nota.

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ Véase Oswaldo Álvarez Paz, -Pasado, Presente y Futuro,- 2 de marzo de 2017, en <https://para.rescatarelporvenir.com/2017/04/03/oswaldo-alvarez-paz-10/>

74. LA NUEVA FARSA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CONTROLADO: LA INCONSTITUCIONAL Y FALSA “CORRECCIÓN” DE LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Sentencias N° 157 y 158 de 1° de abril de 2017).

Crónica actualizada al 5 de abril de 2017, 5 pm.

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 313-325

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 157 y 158 de 1 de abril de 2017, mediante las cuales, de oficio, y en violación del principio de intangibilidad de las sentencias, la Sala revisó, reformó y revocó parcialmente sus sentencias anteriores Nos. 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017.*

Palabras Clave: *Sentencias. Intangibilidad.*

Abstract: *These comments are devoted to analyze the Constitutional Chamber decisions N° 157 and 158 of April 1, 2017, through which, ex officio and in violation of the principle of the immutability of judicial decisions, the Chamber reviewed, reformed and partially revoked its previous decisions N° 155 and 156 of March, 27 and 29, 2017.*

Key words: *Judicial decisions. Immutability.*

I. LA ILEGAL ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Como la Sala Constitucional lo había anunciado en su página web el día 1 de abril de 2017,¹ a solicitud del Presidente de la República a través de una reunión de un Consejo consultivo de Defensa de la Nación,² procedió de oficio a *reformular y revocar* parcialmente sus sentencias N° 155³ y 156⁴ de 27 y 29 de marzo

¹ Véase sobre el anuncio de las aclaratorias, los comentarios en Allan R. Brewer-Carías: -El golpe de Estado judicial continuado, la no creíble defensa de la constitución por parte de quien la despreció desde siempre, y el anuncio de una bizarra -revisión y corrección- de sentencias por el juez constitucional por órdenes del poder ejecutivo. (Secuelas de las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017), New York, 2 de abril de 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/150.-doc.-BREWER-EL-GOLPE-DE-ESTADO-Y-LA-BIZARRA-RE-FORMA-DE-SENTENCIAS.-2-4-2017.pdf>

² La propia Sala confesó en un Comunicado de 3 de abril de 2017 publicado en *Gaceta Oficial* que -El Tribunal Supremo de Justicia en consideración al exhorto efectuado por el Consejo de Defensa de la Nación ha procedido a revisar las decisiones 155 y 156, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, y en tal sentido, hoy son públicas y notorias sendas sentencias aclaratorias que permiten sumar en lo didáctico y expresar cabalmente el espíritu democrático constitucional que sirve de fundamento a las decisiones de este Máximo Tribunal.- Véase en la *Gaceta Oficial* N° 41.127 de 3 de abril de 2017.

³ Véase sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: -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), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

⁴ Véase la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.html>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: -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 (sentencia N° 156 de la Sala

de 2017, dictando para ello las sentencias Nos. 157⁵ y 158⁶ de fecha 1 de abril de 2017 (cuyo texto sin embargo solo fue conocido cerca de las 11 am del día 4 de abril de 2017), en violación de los principios más elementales del debido proceso en Venezuela; irónicamente invocando como motivación fundamental, la “garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional.”

Con dichas sentencias, como lo precisó el profesor Román José Duque Corredor, los magistrados de la Sala Constitucional cometieron “fraude procesal por falseamiento de la verdad, la adulteración del proceso, y fraude a la ley.”⁷

En efecto, la referida norma, al contrario de lo que pretendió hacer la Sala Constitucional, no le otorga poder o competencia alguna al Tribunal Supremo para tomar decisión alguna, y menos para reformar y revocar de oficio sus sentencias, sino que lo que establece es solo un *derecho* que solo las personas pueden ejercer, que es el de acceder a la justicia “para hacer valer sus derechos e intereses,” y obtener “la tutela efectiva de los mismos” y “con prontitud la decisión correspondiente,” y todo ello, en el marco de una justicia que conforme a la misma norma, entre otros debe ser “*imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente y responsable.*”

En los casos decididos por la Sala en estas sentencias N° 157 y 158, la misma confesó que para actuar, nadie y ni siquiera las partes en los viciados juicios en los cuales se dictaron las sentencias Nos. 155 y 156 le solicitó a la Sala que tomara decisión alguna, razón por la cual expresó sin ambages *que actuó de oficio*, pero sin fundamentar cómo y en virtud de cuál previsión constitucional o legal. Lo único que dijo la Sala en ambas sentencias fue que:

“con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala procede de oficio a aclarar” [las sentencias, y a revocarlas parcialmente] (negrilla en el original).

Las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como lo dice el artículo 89 de la Ley Orgánica que la rige, conforme al clásico principio dispositivo del derecho procesal, solo puede conocer de los asuntos que le competen *a instancia de parte interesada*, siendo la única excepción en que pueda actuar de oficio solo “en los casos que disponga la ley.” El principio está ratificado en materia de recursos de nulidad, en el artículo 32 de la misma Ley Orgánica al indicar que en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad sólo puede tener lugar mediante demanda de parte, siendo la excepción, solo, la posibilidad de la Sala “de suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante.”

Es ilegal por tanto que la Sala Constitucional, de oficio pretenda proceder a reformar y a revocar sus sentencias, vía aclararlas, lo que por lo demás, no se admite en ninguna parte del mundo.⁸

En cuanto a la posibilidad de aclarar sentencias, si eso fue lo que realmente quiso hacer la Sala Constitucional, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil es categórico al disponer que el Tribunal que la haya pronunciado una sentencia:

Artículo 252. Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, *no podrá revocarla ni reformarla* el Tribunal que la haya pronunciado. Sin embargo, el Tribunal podrá, *a solicitud de parte*, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las *solicite alguna de las partes* en el día de la publicación o en el siguiente.”

Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional /2017/03 /31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-con solidacion-de-una-dictadura-judicial/>

⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.html>

⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197400-158-1417-2017-17-0325.html>

⁷ Véase Román José Duque Corredor, -Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional, - 4 de abril de 2017, en <http://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-de-los-magistrados-de.html?spref=fb&m=1>.

⁸ Como lo expreso el mismo Duque Corredor, -la irrevocabilidad de las sentencias o la prohibición de revocarlas o reformarlas por el tribunal que las haya pronunciado, establecida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, - implica que -los jueces agotan su jurisdicción y por ende nada pueden añadir o quitar a sus sentencias;- [...] Por ello, nunca un tribunal, so pretexto de aclaratorias, puede revocar, transformar o modificar su fallo, lo que implica un fraude a la ley, - *Ídem*.

Es decir, toda aclaratoria o ampliación de una sentencia conforme a esa norma (1) debe ser hecha por el Tribunal “a solicitud de parte,” nunca de oficio; (ii) solo “dentro de tres días después de dictada la sentencia;” (iii) solo si la aclaratoria o ampliación la “solicite alguna de las partes;” y (iv) solo si la solicitud se formula “en el día de la publicación [de la sentencia] o en el siguiente.”⁹

En este caso de las Sentencias N° 157 y 158 del 1 de abril de 2017, ninguno de los requisitos legales establecidos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los cumplió la Sala Constitucional, violándolo abiertamente; de manera que como lo afirmó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en este caso, “lo único que quedó realmente aclarado, es la falta de independencia del poder Judicial,”¹⁰ o como lo indicó la Asamblea nacional en Acuerdo de 5 de abril de 2017, dichas sentencias “son una muestra más del menosprecio del Derecho por parte del Tribunal Supremo de Justicia y su actitud servil al Poder Ejecutivo.”¹¹

Parece que, para este órgano judicial, “máxime interprete de la Constitución,” el derecho simplemente existe solo para los demás órganos del Estado y para los ciudadanos, pero no se le aplica a la Sala Constitucional, donde por lo visto reina la arbitrariedad.

II. LA ILEGAL REFORMA Y REVOCACIÓN PARCIAL (QUE NO ACLARACIÓN) DE LA SENTENCIA N° 155 DE 27 DE MARZO DE 2017

Como se dijo, la sentencia N° 157 de 1 de abril de 2017, se dictó con el objeto de reformar y revocar parcialmente la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, mediante la cual la Sala Constitucional había anulado mediante sentencia definitiva el Acuerdo adoptado por la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela, de 21 de marzo de 2017.

La Sala Constitucional, para decidir, se fundamentó en el mencionado artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se prescribe expresamente que el Tribunal que haya pronunciado una sentencia definitiva en ningún caso puede “revocarla ni reformarla,” pudiendo solo “aclararla” o “ampliarla” en los términos indicados en la norma. Precisándose respecto del primer supuesto (aclaración) es solo para “aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieran de manifiesto en la misma sentencia.”

En palabras incluso de la propia Sala Constitucional expresada en sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016:¹²

“la aclaratoria tiene por objeto lograr que sea expresada en mejor forma la sentencia, de manera que permita el conocimiento cabal de su contenido, evitando las dudas o los malos entendidos que la lectura de su texto pueda generar, a los fines de la apropiada comprensión integral de la decisión.”

Y aparentemente con base en ello, en palabras de la Sala, la misma, con la sentencia N° 157 de 1 de abril de 2017, supuestamente procedió “de oficio a aclarar” las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017, habiendo sin embargo hecho dos cosas distintas, primero, reformar las sentencias, y segundo, revocarlas parcialmente, para lo cual no solo no tenía competencia alguna, sino que la ley se lo prohibía expresamente.:

1. La ilegal “reforma” de la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017

En cuanto a la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, la Sala Constitucional en efecto procedió a reformarla ilegalmente mediante la sentencia N° 157 del 1 de abril de 2017 en la propia parte motiva de la

⁹ Además, como lo observó la Sala en la propia sentencia, pero no ocurrió en los casos resueltos, -cualquier ciudadano o ciudadana que tenga interés legítimo en un proceso judicial o autoridad pública, incluyendo a la Procuraduría General de la República, a la Defensoría del Pueblo o a la Fiscalía General de la República, entre otros, les asiste el derecho a solicitar formalmente la aclaratoria de cualquier sentencia, una vez pronunciada la misma, en atención a la tutela judicial efectiva y al debido proceso consagrados en el Texto Fundamental.-

¹⁰ Véase -Declaración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,- de 4 de abril de 2017, en www.acien-pol.org.ve.

¹¹ Véase -Acuerdo sobre la activación del procedimiento de remoción de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por su responsabilidad en la ruptura del orden constitucional,- 5 de abril de 2017, en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_4cef040952a501b2e64c6999deedce3e1f8c9b52.pdf.

¹² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML

misma, al hacer la Sala el resumen de lo decidido en la sentencia N° 155 de 2017, indicando entre otras decisiones (además de declarar su competencia, admitir la demanda y declarar el asunto de mero derecho), las siguientes:

“4.- DECLARA la NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD “(d)el acto parlamentario aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 21 de marzo de 2017, llamado ‘Acuerdo sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA...”

5.- Se INICIA DE OFICIO el proceso de control innominado de la constitucionalidad respecto de los actos señalados en la presente decisión, cuyo expediente iniciará con copia certificada de la misma.

5.1.- Se DECRETAN LAS SIGUIENTES MEDIDAS CAUTELARES:

5.1.1.-Se **ORDENA** al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que, en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes eiusdem (ver sentencia N° 113 del 20 de marzo de 2017), entre otros, proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional, así como también que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción; y en el marco del Estado de Excepción y ante el desacato y omisión legislativa continuada por parte de la Asamblea Nacional, revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar -pues pudieran estar cometiéndose delitos de naturaleza militar-), que permita conjurar los graves riesgos que amenazan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente.”¹³

Al presentar en esta forma el “resumen” de lo decidido en la sentencia N° 155, la Sala Constitucional la reformó ilegalmente, pues “corrigiendo” el error en el cual sin duda había incurrido, ubicó, *agregando numerales* antes inexistentes, las inconstitucionales “medidas cautelares” que dictó *dentro del “proceso de control innominado de la constitucionalidad respecto de desconocidos actos estatales, que resolvió ilegalmente “iniciar de oficio;”* y que debía iniciarse, como se indicó expresamente en la sentencia, con copia certificada (“iniciará con copia certificada”) de la decisión que por supuesto debía emitirse en el futuro y que al dictarse la sentencia, aún no se había emitido.

Sin embargo, como observamos en su momento,¹⁴ en la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, después de resolver en forma definitiva la nulidad del acto impugnado, y sin iniciarse aún el nuevo ilegalmente juicio ordenado de oficio en otro expediente y con copia de la sentencia, la Sala dictó inconstitucionalmente un conjunto de medidas cautelares sin juicio ni proceso, que ahora, en la sentencia modificatoria N° 157 de 1 de abril de 2017, pretende decirle a los venezolanos lo que no dijo en la que sentencia reformada, tratando de justificar la arbitrariedad que significó dictar medidas cautelares en ausencia de proceso alguno (luego de terminado el primero y sin haberse comenzado el segundo).

La reforma de la sentencia, en la forma mencionada, por lo demás, careció totalmente de motivación.

2. *La ilegal revocación parcial de la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017 en cuanto a la violación de la inmunidad parlamentaria, y al decreto de estado de excepción inconstitucionalmente adoptado autorizando al Presidente a adoptar todo tipo de medidas*

Además de reformar la sentencia en la forma antes mencionada, la Sala Constitucional pasó de seguidas a revocarla parcialmente, lo que está expresamente prohibido en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, apelando la Sala, ilegal y falsamente, a lo que regula la norma que permite al juez “aclarar” las sentencias.

La revocación parcial se refirió a algunas partes de la sentencia en las cuales inconstitucionalmente, la Sala:

¹³ Véase sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.html>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: -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), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dicta-dura-judicial/>

¹⁴ *Ídem*.

Primero, desconoció la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional; y

Segundo, la Sala, ni más ni menos, decretó un estado de excepción, ordenando al Presidente de la República a tomar “las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción,” y proceder a revisar, y, en consecuencia, legislar, respecto de toda “la legislación sustantiva y adjetiva.

Para la revocación parcial de la sentencia N° 155, la Sala Constitucional solo esgrimió la siguiente “motivación,” que no fue tal:

Primero, que en virtud de que el 31 de marzo de 2017 había habido “algunas consideraciones y opiniones emitidas en relación con la sentencia” N° 155, el Tribunal Supremo de Justicia, por convocatoria del Presidente de la República, había asistido a una reunión extraordinaria del Consejo de Defensa de la Nación

Segundo, que, en dicho Consejo, se “exhortó” al Tribunal Supremo de Justicia a “aclarar el alcance de las decisiones números 155 y 156, dictadas el 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y el equilibrio de poderes, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.”

Y precisamente, “atendiendo al alcance constitucional que tiene el exhorto del Consejo de Defensa de la Nación,” (sic)¹⁵ la Sala entonces pasó a “analizar la situación planteada,” refiriéndose única y exclusivamente al tema de la violación de la inmunidad parlamentaria en la que había incurrido; pero ignorando lo concerniente al inconstitucional decreto de estado de excepción que contenía su sentencia N° 155.

Sobre la grave violación a la inmunidad parlamentaria debe recordarse que, de paso, en la sentencia N° 155, la Sala consideró “oportuno” dejar sentado que:

“la inmunidad parlamentaria sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes) (ver sentencia de esta Sala Constitucional N° 612 del 15 de julio de 2016 y de la Sala Plena N° 58 del 9 de noviembre de 2010 y 7 del 5 de abril de 2011, entre otras).”

Sobre esta aseveración dada como cierta en la sentencia N° 155 de la Sala Constitucional, en la sentencia N° 157 comenzó por aclarar (excusarse?) de que había hecho referencia a la inmunidad parlamentaria, *en la motiva de la sentencia* “mas no en su dispositiva,” considerando sin embargo, que dicho “señalamiento aislado en la motiva” había sido, por supuesto con razón, “tema central del debate público,” lo que la Sala saludó con toda ironía, como “como expresión de una robusta democracia en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que se desarrolla y funciona plenamente en Venezuela,” pero advirtiendo que en este caso, se habían difundido “diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria.”

La Sala nada dijo sobre las mismas, ni sobre qué había sido lo errado, y así, sin motivación alguna, considerando simplemente que la convocatoria efectuada por el Jefe del Estado para reunir al Consejo de Defensa de la Nación, “a objeto de tratar en su seno la controversia surgida entre autoridades del Estado venezolano, se nos presenta como una situación inédita para la jurisdicción constitucional,” pasó a “aclarar” falsamente y de oficio, “en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” que “el dispositivo 5.1.1 y lo contenido sobre el mismo en la motiva; así como lo referido a la inmunidad parlamentaria,” supuestamente obedecían a medidas cautelares dictadas por esta Sala, lo cual era falso, indicando para terminar que “como garantía de la tutela judicial efectiva” consagrada en el artículo 26 de la Constitución, sin argumentar absolutamente nada sobre el inconstitucional decreto de estado de excepción contenido en el “dispositivo 5.1.1,0” concluyó señalando que:

“se revocan en este caso la medida contenida en el dispositivo 5.1.1, así como lo referido a la inmunidad parlamentaria. Así se decide.

Y para el asombro del lector, eso fue todo.

¹⁵ Sobre el -alcance constitucional del exhorto del Consejo de Defensa- que supuestamente le permitió -a la Sala Constitucional -analizar la situación planteada,- el profesor Duque Corredor, con razón, indicó que ello -es falso, porque, por un lado, las competencias del Consejo mencionado se limitan a las materias de la seguridad de la Nación y no a las materias judiciales y mucho menos relativas a revisión de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia o de los tribunales. -Ello es falso también- porque -en ninguna disposición de esta Ley se prevé que mediante exhortos de órganos del Ejecutivo Nacional las Salas del Tribunal Supremo de Justicia puedan revisar sus sentencias.- *Idem*.

Sin motivación alguna, la sentencia N° 157 no aclaró nada, sino que revocó parcialmente la sentencia N° 155, lo que está expresamente prohibido en Venezuela, indicándose que lo resuelto debía, además, tenerse como “parte complementaria de la sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017. Así se decide.”

Mayor arbitrariedad es imposible de encontrar en los anales de la justicia constitucional en el derecho comparado.

III. LA ILEGAL REFORMA Y REVOCACIÓN PARCIAL (QUE NO ACLARACIÓN) DE LA SENTENCIA N° 156 DE 29 DE MARZO DE 2017

Como se dijo, en el otro caso, la sentencia N° 158 de 1 de abril de 2017 se dictó con el objeto de reformar y revocar parcialmente la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 mediante la cual la Sala Constitucional, al conocer de un recurso de interpretación de una norma constitucional y otra de rango legal, que intentó una empresa del Estado del sector de los hidrocarburos, resolvió, “con carácter vinculante y valor *erga omnes* “declarar la *Omisión Inconstitucional parlamentaria por parte de la Asamblea Nacional*, y disponer entre otros aspectos, los siguientes:

“4.3.- Sobre la base del estado de excepción, el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (ver sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017).

4.4.- Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.”¹⁶

Con estos dispositivos, violando la Constitución, la Sala Constitucional, por una parte, le otorgó la potestad de legislar en materia de hidrocarburos al Presidente de la República, y por la otra, asumió todas las competencias de la Asamblea Nacional, para ejercerlas directamente.

La Sala Constitucional, en su sentencia N° 158 de 1 de abril de 2017, sin hacer mención inicial, como lo hizo en la sentencia N° 157 sobre si se fundamentaba en el mencionado artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que prohíbe a los jueces “revocar o reformar” sus sentencias definitivas, pudiendo sólo aclararlas; se basó para supuestamente “aclarar” la sentencia N° 156 en los dos dispositivos mencionados, al igual que hizo en la antes mencionada sentencia N° 157 de 1 de abril de 2017, en las siguientes consideraciones:

Primero, que en virtud de que el 31 de marzo de 2017, había habido “algunas consideraciones y opiniones emitidas en relación con los dispositivos de la sentencia N° 156, el Tribunal Supremo de Justicia, por convocatoria del Presidente de la República, había asistido a una reunión extraordinaria del Consejo de Defensa de la Nación

Segundo, que, en dicho Consejo, se “exhortó” al Tribunal Supremo de Justicia a “aclarar el alcance de las decisiones números 155 y 156, dictadas el 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y el equilibrio de poderes, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.”

Y precisamente, “atendiendo al alcance constitucional que tiene el exhorto del Consejo de Defensa de la Nación” (*sic*), la Sala entonces pasó a “analizar la situación planteada, y después de referirse a sus potestades en el ejercicio de la jurisdicción constitucional para interpretar la Constitución, y a que a su juicio era “un hecho público, notorio y comunicacional la situación de desacato y de omisión inconstitucional en la que se encuentra la Asamblea Nacional,” respecto de las anteriores sentencias dictadas por la Sala Electoral y la propia Sala Constitucional,¹⁷ pasó a recordar que en la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017

¹⁶ Véase la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: -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 (sentencia N° 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

¹⁷ La Sala en la sentencia, hizo referencia nuevamente a las sentencias dictadas -en su Sala Electoral (N° 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016) y en Sala Constitucional (N° 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017).-

había decidido que en relación con el artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos, que no existía impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el sector” sustituyendo a la Asamblea para conocer de las circunstancias de las contrataciones, en sustitución de la Asamblea Nacional.

Ahora, para proceder “supuestamente “aclarar” dicha sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, la Corte, primero, mutó la naturaleza definitiva de la misma transformándola en una “medida cautelar;” y segundo, sin motivación alguna, pasó a revocar las decisiones mediante las cuales había usurpado las potestades de la Asamblea Nacional

1. *Una ilegal “mutación” de la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, trastocándola ilegalmente de “sentencia definitiva” en una “medida cautelar”*

La Sala Constitucional con base en lo antes indicado, que solo es repetición de lo que resolvió en la sentencia N° 156, afirmó falsamente que, en la misma, supuestamente “advirtió cautelarmente, tanto en la parte motiva como en su dispositivo 4.4, que:

“(…) mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.”

La afirmación es por supuesto completamente falsa, pues dicha sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, como es bien sabido, fue una *sentencia definitiva* que puso fin a un “proceso de interpretación constitucional,” no pudiendo por tanto contener en forma definitiva ninguna medida cautelar.

De acuerdo con lo decidido por la propia Sala Constitucional, precisamente en la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, “aclarada” también como antes se dijo, las medidas cautelares a las que se refiere el Capítulo II de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (“*De los procesos ante la Sala Constitucional*”) solo pueden dictarse “*con ocasión de los procesos jurisdiccionales* tramitados en su seno.” para “salvaguardar la situación jurídica de *los justiciables*,” constituyendo “la garantía de la ejecución del fallo definitivo,”¹⁸ pero que por “su instrumentalidad,” solo pueden dictarse *antes de que concluya el juicio*, por lo que al “no constituir un fin por sí mismas,” siempre “son provisionales y, en consecuencia, fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal.” No hay posibilidad por tanto en un juicio, que la sentencia definitiva contenga medidas cautelares, y menos que se transforme ex post la sentencia definitiva en medida cautelar como si el juicio en el cual se dictó no hubiese fenecido.

2. *La ilegal revocación parcial de la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 en cuanto a la usurpación de las funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional*

Pero además de la anterior ilegalidad, la Sala Constitucional, sin embargo, indicó que los dispositivos de su sentencia definitiva N° 156 que falsamente calificó como medidas cautelares, también habían sido con razón “tema central del debate público,” lo que la Sala también en este caso saludó con toda ironía “como expresión de una robusta democracia en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que se desarrolla y funciona plenamente en Venezuela,” pero advirtiendo que en este caso, se habían también difundido “diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria.”

La Sala, tampoco nada dijo sobre las mismas, y sobre qué había sido lo errado, y así, también en este caso, sin motivación alguna, considerando simplemente que la convocatoria efectuada por el Jefe del Estado para reunir al Consejo de Defensa de la Nación, “a objeto de tratar en su seno la controversia surgida entre autoridades del Estado venezolano, se nos presenta como una situación inédita para la jurisdicción constitucional,” pasó a retractarse de lo que había decidido, diciendo que lo que decidió no lo decidió, precediendo así a “aclarar” falsamente y de oficio, supuestamente “en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” que:

“en el fallo N° 156 dictado el 29 de marzo de 2017 los dispositivos 4.3 y 4.4 y lo que respecta a lo indicado en la parte motiva sobre los mismos, *tienen naturaleza cautelar*, en vista de que el desacato de la Asamblea Nacional, que le impide el ejercicio de sus atribuciones constitucionales es de carácter circunstancial; y, en todo caso, *esta Sala no ha dictado una decisión de fondo* que resuelva la omisión.”

¹⁸ Citando las sentencias N° 269 del 25 de abril de 2000, (caso: ICAP); N° 1.025 del 26 de octubre de 2010 (caso: -Constitución del Estado Táchira-).

De entrada, frente a esta afirmación insólita, lo que cabría preguntar es ¿si la Sala ya decidió la cuestión de fondo mediante sentencia definitiva (Nº 156), ¿cómo es que la Sala ahora puede decir que no ha dictado decisión de fondo? Se le olvidó a la Sala súbitamente que en este caso ya no había juicio donde dictar “sentencia de fondo,” pues el único que había terminó precisamente con la sentencia que se reformó.

De nuevo, afirmación de la Sala Constitucional fue totalmente falsa, pues la sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017, fue una *sentencia definitiva*, dictada en un “juicio de interpretación constitucional” que concluyó con la misma, y que por tanto impide esencialmente que sus dispositivos puedan tener el carácter cautelar que ahora le inventó la Sala. Esta decisión, ni siquiera se puede considerar como una ilegal “reforma” de la sentencia Nº 156 por vía de aclaración, porque en ningún caso una sentencia definitiva se puede trastocar, cambiar y convertir en una medida cautelar, que solo se puede dictar en el curso de un juicio, pero nunca una vez que el mismo ha terminado.

Por ello la absoluta ilegalidad que afecta la sentencia Nº 158 de 1 de abril de 2017, la cual argumentando que al estar caracterizadas las medidas cautelares “por su instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad,” supuestamente “para este ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.”

Y de nuevo, para el asombro del lector, eso fue todo.

Sin motivación, falsamente calificando una sentencia definitiva como medida cautelar, no se aclaró nada, sino que se revocó parcialmente una sentencia, lo que está expresamente prohibido en Venezuela, indicándose también que lo resuelto por la sentencia Nº 158 de 1 de abril de 2017 debía además tenerse como “parte complementaria de la sentencia Nº 156 del 29 de marzo de 2017. Así se decide.”

De nuevo, así de arbitraria funciona la Justicia Constitucional en Venezuela, con base en falsedades.

IV. REVOCACIÓN PARCIAL DE SENTENCIAS PARA QUE TODO SIGA IGUAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA TRAS CONSIDERAR TODO LO OCURRIDO COMO UNA RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

La ilegal e inconstitucional modificación y revocación parcial de las sentencias Nº 155 y 156, mediante las sentencias 157 y 158, por la presión-exhorto ejercida por el Consejo de Defensa de la Nación, y para pretender “aclarar” ante el mundo que se había dado marcha atrás al golpe de Estado cometido, Y que supuestamente habría resuelto un falso “impase” entre la Sala Constitucional y la Fiscal General de la República quién había denunciado que con las sentencias se había producido una ruptura del orden constitucional, en realidad no cambió nada.

Se trató de una revocación ilegal parcial, que dejó incólumes todas las otras decisiones contenidas en las sentencias Nº 155 y 156, entre ellas, como lo destacó José Ignacio Hernández, la que prejuzgó en el sentido de que los diputados de la Asamblea Nacional incurrieron en el delito de traición a la patria (sentencia Nº 155); y la que usurpó la función de control de la Asamblea Nacional sobre la creación de empresas mixtas, al permitir al Gobierno crearlas en el sector hidrocarburos bajo el control de la Sala.

En las nuevas sentencias Nº 157 y 158, además, la Sala Constitucional, ratificó que la Asamblea Nacional no puede ejercer sus funciones constitucionales por encontrarse en “desacato” y la Sala mantiene su criterio de la usurpación de funciones de la Asamblea Nacional, impidiéndole ejercer sus funciones.¹⁹

Por ello, en relación con las sentencias Nos. 157 y 158 de la Sala Constitucional, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos en su Resolución CP/RES. 1078 (2108/17) del 3 de abril de 2017, declaró que:

¹⁹ Véase José Ignacio Hernández, ¿Qué dicen las sentencias 157 Y 158 del TSJ?,- en *Prodavinci*, 4 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-dicen-las-sentencias-157-y-158-del-tsj-por-jose-ignacio-hernandez-g/?platform=hootsuite>. En particular sobre el tal -desacato- debe recordarse lo expresado por el Consejo de la facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en Comunicado Público: -Debe insistirse que aun en el supuesto de que existiese tal desacato judicial, la consecuencia procesal del mismo no podría nunca ser la nulidad absoluta de todos los actos y actuaciones, presentes o futuros, del Poder Legislativo Nacional, sino (a lo sumo) la nulidad del voto de aquellos parlamentarios supuestamente -mal incorporados- a la Asamblea o bien la imposición de multas coercitivas hasta tanto ese órgano del Poder Público cumpla la sentencia, tal como dispone el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.- Caracas 30 de marzo de 2017.

“Las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela [y que]. A pesar de la reciente revisión de algunos elementos de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático;”²⁰

Razón por la cual, dicho Consejo Permanente resolvió: “Urgir al Gobierno de Venezuela a actuar para garantizar la separación e independencia de los poderes constitucionales y restaurar la plena autoridad de la Asamblea Nacional.”²¹

En el mismo sentido, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, destacó con las sentencias N° 157 y 158 de la Sala Constitucional en forma se trató de:

“rectificaciones, sino de remiendos que en nada alteran las más de 46 sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han conculcado las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, sin contar el inconstitucional proceso de renovación de nómina de los partidos, ni la decisión de la Sala Electoral que facilitó la suspensión del referendo revocatorio.

Se ha generado una situación de opacidad jurídica y política donde se ha decidido lo que no se debió decidir y no se decide lo que se debe decidir. Exigimos, por lo tanto, a los poderes constituidos, subsanar prontamente esta situación y no considerar como su enemigo a la sociedad que reclama sus derechos, sino que se inicie la verdadera rectificación que exige el orden democrático.”

La Academia concluyó su declaración considerando que “las declaraciones de la Fiscal, quien tiene a su cargo las facultades que le confiere el artículo 285 de la Constitución, si son de tal gravedad como el señalamiento de la ruptura del orden constitucional, exigen el ejercicio de las correspondientes acciones,” razón por la cual pidió:

“que la Fiscalía General de la República inicie el proceso legal correspondiente, para establecer las responsabilidades de los magistrados que participaron en la ruptura del orden constitucional, señalada por la Fiscal General ante el país.”²²

E igual solicitud, desde antes, la había formulado el Gremio de los Abogados del país, a través de sus Colegios de Abogados al haber declarado mediante Pronunciamiento de fecha 29 de marzo de 2017, que:

“Por cuanto los hechos anteriormente mencionados, podrían configurar ilícitos de orden penal y disciplinario, solicitamos a la Fiscalía General de la República y al Consejo Moral Republicano la apertura de los procedimientos correspondientes, sin perjuicio que, llegado el caso, los Colegios de Abogados firmantes, ejerzan directamente las acciones respectivas.”²³

En sentido similar se pronunció el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, en Pronunciamiento de 1 de abril de 2017, en el cual expresó:

“En relación con la posición del Ministerio Público cuando el día de ayer denunció, la ruptura del orden constitucional y el desconocimiento del modelo de Estado consagrado en la Constitución, este Consejo Universitario manifiesta su total y absoluto respaldo, a las acciones que al Ministerio Público le correspondería según la Constitución y la Ley ejercer para el rescate de la institucionalidad, la preservación de la paz y la seguridad y para que los responsables de tan notoria afrenta constitucional sean sancionados con la severidad que la gravedad de los hechos requiere.”²⁴

Y también la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad metropolitana, en Comunicado de 2 de abril de 2017, al:

²⁰ Véase en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17.

²¹ *Ídem*.

²² Véase -Declaración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,- de 4 de abril de 2017, en www.acien-pol.org.ve.

²³ Véase en <https://pararescatarelporvenir.wordpress.com/2017/04/02/pronunciamiento-del-gremio-de-abogados-en-relacion-con-las-sentencias-155-y-156-del-ts-j/>. Igualmente, en <https://www.lapati-lla.com/site/2017/04/01/contundente-pronunciamiento-de-la-federacion-nacional-de-abogados-y-colegios-del-pais-ante-sentencias-del-ts-j/>.

²⁴ Véase en <https://ucvnoticias.files.wordpress.com/2017/04/pronunciamiento-del-consejo-universitario-sesion-extraordinaria-01-04-2017.pdf>.

“Instar a la Fiscal General de la República a ejercer las atribuciones que le confiere el numeral 3 del artículo 285 constitucional, ratificadas en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público e inicie las investigaciones penales correspondientes, así como las solicite también al Consejo Moral Republicano de acuerdo a los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.”

Y finalmente la propia Asamblea Nacional, al adoptar el “Acuerdo sobre la activación del procedimiento de remoción de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por su responsabilidad en la ruptura del orden constitucional,” de fecha 5 de abril de 2017, consideró, en relación con las sentencias N° 155, 156, 157 y 158 de 27 y 19 de marzo y 1 de abril de 2017:

“Que la Fiscal General de la República, advirtió públicamente el pasado viernes 31 de marzo de 2017, que esas sentencias de la Sala Constitucional implican una ruptura del orden constitucional en Venezuela, circunstancia que es el resultado de golpe de estado judicial que se ha venido perpetrando de manera continuada por el ejercicio irregular del Poder Judicial y su servilismo al Poder Ejecutivo, afectando la institucionalidad democrática.”²⁵

Y precisamente por ello, en el “Acuerdo en rechazo a la ruptura del orden constitucional y a la permanencia de la situación de golpe de estado en Venezuela” de la misma fecha 5 de abril de 2017, planteó “exigir a la Fiscal General de la República que incoe las averiguaciones conducentes al establecimiento de la responsabilidad penal en la materia.”²⁶

La respuesta inmediata que la Asamblea Nacional tuvo respecto del “Acuerdo sobre la activación del procedimiento de remoción de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por su responsabilidad en la ruptura del orden constitucional,” de fecha 5 de abril de 2017, donde se emplazó “a la Fiscalía General de la República a tramitar la solicitud” que la Asamblea nacional había presentado el 31 de marzo de 2017 ante el Consejo Moral republicano “con relación a la presunta comisión de hechos que podrían configurar delitos,” por parte de los magistrados de la Sala Constitucional; fue un Comunicado emitido por el Tribunal Supremo de Justicia, rechazando:

“categóricamente cualquier acto que pretenda deslegitimar la actuación de los Magistrados y Magistradas de la Sala Constitucional, quienes han actuado en cumplimiento de los mandatos constitucionales en resguardo del orden democrático y la paz social.”²⁷

Con esto, parece que el Tribunal Supremo no se percató, como en cambio sí lo concientizó todo el mundo dentro y fuera del país, que fueron ellos mismos quienes se deslegitimizaron y fueron ellos mismos los que actuaron incumpliendo con los mandatos constitucionales, y fueron ellos mismos quienes atentaron contra el orden democrático y la paz social

Pero, como lo recuerda el viejo refrán castellano, “no hay peor ciego que el que no quiere ver,” es decir, “porque viendo no ven.”²⁸

²⁵ Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_4cef040952a501b2e64c6999deedce3e1f8c9b52.pdf.

²⁶ Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_ece7eb3d5595a491e95a2fa61daf922538d4ada8.pdf.

²⁷ Véase en <http://runrun.es/nacional/303794/comunicado-ts-j-rechaza-sesion-de-la-an-para-iniciar-pro-ceso-de-destitucion-de-magistrados.html>.

²⁸ Parábola, Biblia, Libro Mateo 13:13-17.

75. LA INCONSTITUCIONAL INHABILITACIÓN POLÍTICA Y REVOCACIÓN DE SU MANDATO POPULAR, IMPUESTOS AL GOBERNADOR DEL ESTADO MIRANDA HENRIQUE CAPRILES RADONSKI, POR UN FUNCIONARIO INCOMPETENTE E IRRESPONSABLE, ACTUANDO ADEMÁS CON TODA ARBITRARIEDAD

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 326-337

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar la decisión del Contralor General de la República dictada en abril de 2017, declarando la inhabilitación política del Gobernador del Estado Miranda, Henrique Capriles Radonsky y revocando su mandato popular, en abierta violación del principio democrático y el derecho político a ser electo garantizado en la Constitución, que solo pueden ser restringidos por los jueces.*

Palabras Clave: *Derechos políticos. Restricción. Principio democrático.*

Abstract: *These comments have the purpose of analyzing the decision adopted by the General Comptroller of the Republic, depriving the Governor of Miranda State, Henrique Capriles Radonsky of his political rights, and repealing his popular mandate, in open violation of the democratic principle and of the right to be elected guaranteed in the Constitution, that could only be restricted by the courts.*

Key words: *Political Rights. Restrictions; Democratic Principle.*

El Contralor General de la República mediante una Resolución inconstitucional y arbitraria dictada el 6 de abril de 2017, notificada el día siguiente, ha procedido a inhabilitar políticamente al Gobernador del Estado Miranda, Henrique Capriles Radonski por un término de quince años, y adicionalmente, ha procedido a revocarle su mandato popular que solo el pueblo que lo eligió puede hacerlo,¹ por supuestamente haber incurrido hace cinco y seis años en irregularidades administrativas que ni siquiera ameritarían multas por no haber ocasionado daño alguno al patrimonio público como el mismo Contralor lo reconoce en la Resolución.

Se trata, sin duda, de un acto más de persecución política contra otro de los líderes de la oposición venezolana, que se suma a tantos otros, pero esta vez cometida por el funcionario que, bajo su mirada cómplice y abstención total en el control de la Administración Pública, ha logrado el “milagro” de que en pocos años se haya llegado a considerar al país como el más corrupto del mundo occidental,² y que, además, haya permitido que se lo haya saqueado en una forma impúdica.³

¹ El alcance de la decisión la captó con toda precisión el titular del reportaje de Anatoly Kurmanaev en el *The New York Times* del día 8 de abril de 2017: -Venezuela Bars Opposition Leader From Holding Office,- en *The New York Times*, New York, 8 de abril de 2017, p. A9.

² De 176 países, en el resto del mundo, solo superado en percepción de corrupción por Guinea-Bissau; Afganistán; Libia; Sudán; Yemen; Siria; Corea del Norte; Sudán del Sur y Somalia; pero, sin embargo, considerado más corrupto que Uganda, Comoras, Turkmenistán, Zimbabue, Camboya, República Democrática del Congo, Uzbekistán, Burundi, República Centroafricana, Chad, Haití, República del Congo, Angola, Eritrea, e Irak. Véase *Índice de Percepción de la Corrupción 2016*, Transparency International, en http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf

³ Véase solo lo expuesto por Carlos Tablante y Marcos Tarre, *El Gran Saqueo. Quiénes y Cómo se robaron el dinero de los venezolanos*, La Hoja del Norte, Caracas 2015. En ese gran saqueo, sin duda, el mayor delincuente, además de todos

Por ello, con razón, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, precisamente el mismo día de la Resolución del Contralor inhabilitando a Capriles, al insistir sobre su apreciación de que “en Venezuela lo que hay es una dictadura,” advirtió que se trata de un “país que está siendo saqueado completamente,” clamando por que se realicen elecciones, y considerando que de lo contrario “las condiciones de saqueo de ese país van a ser todavía mucho peores.”⁴

En todo caso, ese oscuro funcionario que es el Contralor, puede decirse que no ha abierto investigación alguna ante tanto saqueo del erario público y de la riqueza del país, y menos aún que haya declarado responsabilidad administrativa alguna por tanta irresponsabilidad, por culpa o negligencia, de tantos funcionarios públicos responsables de la debacle económica e institucional del país.

Sin embargo, muy diligentemente pero también muy arbitrariamente, ignorando lo que dispone la Constitución, lo que ha hecho este funcionario es proceder a revocar el mandato popular del Gobernador del Estado Miranda y declarar su inhabilitación política por quince largos años, por supuestamente no haber dado cumplimiento a algunos trámites administrativos hace más de un lustro. Ello, como fue denunciado de inmediato por los gobiernos de Brasil, Argentina y Perú,⁵ y como lo advirtió José Miguel Vivancos no es sino una “sucias trampa” más del régimen “para sacar del juego democrático uno a uno a todos sus adversarios políticos” que:

“han sido inhabilitados arbitrariamente para participar en política. Si aún queda alguna persona que cree en la fachada de democracia de Maduro, la inhabilitación de Capriles debería desmoronar esa fantasía. Venezuela sufre una dictadura con todas sus letras y la necesidad de una acción multilateral firme y decisiva para proteger a los venezolanos es cada día más urgente.”⁶

En efecto, en una inmotivada Resolución de solo cinco páginas, el Contralor General de la República procedió a tomar tan draconianas e inconstitucionales medidas contra el Gobernador del Estado Miranda, no porque hubiera cometido algún delito de corrupción, o causado algún daño al patrimonio público, o porque hubiera utilizado los recursos públicos para otros fines distintos a los legalmente prescritos, sino solo por supuestamente no haber dado cumplimiento a unos trámites administrativos durante su larga gestión que a lo sumo a lo que podía haber conducido en un régimen democrático habría sido a la imposición de una multa.

Sin embargo, lo que se le impuso a Capriles fue la revocación de su mandato y la “pena” máxima de “inhabilitación política” por quince años, en violación abierta de la Constitución, al afectar tanto la esencia de sus propios derechos políticos como los del pueblo del Estado Miranda que lo eligió como su Gobernador, y ello, de la manera más arbitraria que pueda imaginarse, mediante un acto que carece de motivación alguna, lo que lo hace doblemente nulo.

Se trata, simplemente, de una de las maniobras política más burdas del régimen, urdida por uno de los más irresponsables e ignaros funcionarios del mismo, quien, además, es el más grande culpable por haber permitido con su abstención en materia de control, la dilapidación más catastrófica del patrimonio público en toda la historia del país.

los que funcionarios que efectivamente si han incurrido en actos de corrupción en la Administración Pública, es el que, bajo su mirada cómplice, se ha abstenido de controlarlos, permitiendo la comisión de todo tipo de fechorías que han quedado impunes.

⁴ Véase Entrevista a Luis Almagro: hay una -dictadura- en Venezuela, -un país que está siendo saqueado,- *BBC Mundo*, The Latin American Freedom, publicado por TLAFFREEDOM el 07/04/2017, en <https://latinamericanfreedom.org/2017/04/07/entrevista-a-luis-almagro-secretario-general-de-la-organizacion-de-estados-americanos-hay-una-dictadura-en-venezuela-un-pais-que-esta-siendo-saqueado/>

⁵ Véase Maribel Lozada, -Perú y Argentina rechazan inhabilitación política a Henrique Capriles,- en *Efecto Cocuyo*, 8 de abril de 2017, en <http://efectococuyo.com/principales/peru-y-argentina-rechazan-inhabilitacion-politica-a-henrique-capriles>.

⁶ Véase José Miguel Vivancos, en -Human Rights Watch: -La inhabilitación de Capriles termina de desmoronar la fantasmiosa fachada de democracia en Venezuela,- 7 de abril de 2017, en *Infobae*, 9 de abril de 2017, en <http://www.infobae.com/america/venezuela/2017/04/07/human-right-watch-la-inhabilitacion-de-capriles-termina-de-desmoronar-la-fantasmiosa-fachada-de-democracia-en-ve-nezuela/>

Imponerle a un funcionario una pena de quince años de inhabilitación en el ejercicio de los derechos políticos, es una sanción atroz que, de acuerdo con la Constitución, solo un gran crimen podría merecer, impuesta en todo caso por un juez, en un proceso judicial de carácter penal desarrollado con las debidas garantías, y solo como pena accesoria a una pena principal que tendría que ser por un delito muy grave que amerite tantos años de cárcel.⁷

Revocar el mandato de un representante del pueblo electo popularmente, es una potestad reservada al mismo pueblo que lo eligió, no teniendo competencia funcionario público alguno para revocar dicho mandato.⁸

Pero nada de ello tiene importancia en el reino de la arbitrariedad que es el del gobierno, y donde actúa como si fuera “rey” quien se hace llamar “Contralor General de la República.”

I. EL DERECHO POLÍTICO A SER ELECTO EN LA CONSTITUCIÓN Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DECISIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

En efecto, el derecho a ser electo para cargos representativos es uno de los derechos políticos más esenciales de los ciudadanos, que todos pueden ejercer cuando cumplen la edad requerida en la Constitución en relación con los diversos cargos públicos (art. 39, Constitución).⁹

Ese derecho solo se pierde cuando el ciudadano pierde su ciudadanía, es decir, cuando se revoque o pierda la nacionalidad venezolana; o cuando mediante sentencia definitiva de un juez competente, dictada en un proceso judicial con las garantías del debido proceso, se declare la interdicción civil de la persona por su incapacidad, en los términos establecidos en el Código Civil (art. 393)¹⁰; o se le imponga la pena accesoria de la inhabilitación política en los términos del Código Penal por algún delito cometido (art. 24).¹¹ Como lo dice la Constitución en cuanto a la inhabilitación política, solo puede decretarse mediante condena judicial penal que la establezca como pena accesoria a una pena principal, en un proceso penal (art. 64); y, en general, a quienes hubiesen sido condenados “por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público” (art. 65).¹²

⁷ Véase sobre el mismo tema Allan R. Brewer-Carías, -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 inconventionalidad al imponer sanciones administrativas de inhabilitación política a los ciudadanos),- en *Derechos Fundamentales: Libro homenaje a Francisco Cumplido Cereceda*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, 2011; y en *Revista Elementos de Juicio*, Año V, Tomo 17, Bogotá 2012, pp. 65-104.

⁸ Véase sobre el tema de la ilegítima revocación reciente de mandatos populares en violación de la Constitución los comentarios 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. 176-213; y -La revocación del mandato popular de una diputada a la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de oficio, sin juicio ni proceso alguno (El caso de la Diputada María Corina Machado),- en *Revista de Derecho Público*, N° 137 (Primer Trimestre 2014), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 165-189.

⁹ En cuanto a las -condiciones de edad- para el ejercicio del derecho al sufragio, en cuanto al derecho a votar y a elegir, corresponde a los mayores de 18 años (art. 64); y en cuanto al derecho a ser electo, corresponde así: para ser electo Gobernador de un Estado se requiere ser mayor de 25 años (art. 160); para ser electo diputado a la Asamblea Nacional y legislador estatal, se requiere ser mayor de 21 años (arts. 188 y 162); para ser electo Alcalde se requiere ser mayor de 25 años (art. 174) y para ser electo Presidente de la República se requiere ser mayor de 30 años (arts. 227 y 238).

¹⁰ El artículo 393 del Código Civil establece que: -El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aun que tengan intervalos lúcidos.-

¹¹ En cuanto a la pena de inhabilitación política, la regula el Código Penal en su artículo 24, estableciendo que -no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión y produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tengan el penado y la incapacidad, durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio. También perderá toda dignidad o condecoración oficial que se le haya conferido, sin poder obtener las mismas ni ninguna otra durante el propio tiempo.-

¹² En cuanto a la inhabilitación política por condena por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena de acuerdo con la gravedad del delito que prevé la Constitución, la Ley contra la Corrupción de 2003 ha dispuesto en su artículo 96, que el funcionario público -que haya sido condenado por cualesquiera de los delitos establecidos en la presente Ley, quedará inhabilitado para el ejercicio de la función pública y, por tanto, no podrá optar a cargo de elección popular o a

Es decir, conforme al artículo 42 de la Constitución, “el ejercicio de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.” Más clara, por tanto, no puede ser la norma constitucional en el sentido de que, si el derecho a ser electo para un cargo representativo es un derecho político, su ejercicio no puede ser suspendido sino mediante *sentencia judicial firme dictada en un proceso penal*.

Esto implica que conforme a la Constitución no puede haber declaraciones de interdicción civil de una persona o la imposición de una sanción o pena de inhabilitación política a un ciudadano que sea impuesta por autoridades administrativas, pues ello implica el cercenamiento del principio democrático (elección popular de representantes), que en ningún caso se puede afectar mediante procedimientos administrativos en los que no se respeten las debidas garantías del debido proceso.

Y eso es precisamente lo que ha ocurrido con la decisión impuesta por el Contralor General de la República contra Henrique Capriles Radonski, aplicando una de las armas políticas más arteras que el régimen autoritario ha utilizado desde hace unos años contra la oposición política democrática, y que ha sido precisamente recurrir al expediente de la “inhabilitación política” impuesta mediante decisiones administrativas dictadas por el Contralor General de la República, a líderes de la oposición, para excluirlos del ejercicio democrático, y por tanto, de la posibilidad de ser electos para cargos representativos.

Ello ha ocurrido respecto de muchos líderes políticos, y entre ellos, contra del exalcalde Leopoldo López, en relación con quien, a su solicitud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 1º de septiembre de 2011 (caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), condenando al Estado venezolano por violación de sus derechos.

La Corte consideró que conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), en el mismo sentido de lo establecido en la Constitución, la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) sólo puede establecerse mediante imposición de condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso, ordenando la revocatoria de las decisiones de la Contraloría General de la República y de otros órganos del Estado que le impedían ejercer su derecho político a ser electo por la inhabilitación política que le había sido impuesta administrativamente.

Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al decidir una bizarra “acción innominada de control de constitucionalidad” ejercida contra dicha sentencia de la Corte Interamericana interpuesta por el Procurador General de la República, en sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011,¹³ decidió declararla como “inejecutable” en Venezuela, ratificando la violación al derecho constitucional de López que le impidió en ese momento ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.¹⁴

II. LA INCOMPETENCIA DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA APLICAR LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA DE “INHABILITACIÓN POLÍTICA” RESPECTO DE REPRESENTANTES ELECTOS

En todo caso, si bien la misma doctrina sentada por la Corte Interamericana se aplica en este caso del Gobernador del Estado Miranda, es importante destacar lo que establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que el Contralor ha pretendido usar también en este caso.

Dicha norma, en efecto, prevé la posibilidad de la declaratoria de responsabilidad administrativa por parte de la Contraloría General de la República respecto de un funcionario público por irregularidades administrativas, lo que acarrea fundamentalmente la posibilidad de la imposición de *sanción de multa* (arts. 91, 92 y 94), “de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado.”

cargo público alguno, a partir del cumplimiento de la condena y hasta por cinco (5) años, - lo cual -será determinado por el juez, de acuerdo con la gravedad del delito, en la sentencia definitiva que se pronuncie sobre el mismo.-

¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como -inejecutable-), en Jaime Rodríguez Arana (Coordinador), *El Derecho Administrativo en Perspectiva. Libro Homenaje a José Luis Meilán Gil*, La Coruña 2011; y en Alejandro Canónico Sarabia (Coordinador.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012*, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371.

Adicionalmente, la norma agrega que corresponde al Contralor General de la República “de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento,” es decir, en medio de una total arbitrariedad, poder “imponer, *atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida*, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años.”

Esta norma, por supuesto, conforme al principio de la supremacía constitucional, en ningún caso podría interpretarse como si se tratase de una derogación de lo antes indicado que prevé la Constitución (art. 64) sobre las limitaciones al derecho a ser electo, en el sentido de que la inhabilitación política respecto del ejercicio del derecho pasivo al sufragio solo puede ser impuesta por un tribunal penal en un juicio donde dicha pena se imponga como pena accesoria a una pena principal.

Es decir, la sanción administrativa de inhabilitación política que puede imponer el Contralor General conforme a la Ley Orgánica, en ningún caso se refiere a funcionarios electos, sino solo a funcionarios administrativos nombrados o designados en la Administración Pública no electos mediante voto popular.

Hay que recordarle al Contralor General que una cosa es el derecho político a ejercer cargos públicos por vía de *elección popular* regulado en los artículos 63 y 65 de la Constitución, que solo se puede suspender conforme a la Constitución mediante sentencia judicial; y otra cosa es el derecho político de tener *acceso en condiciones de igualdad para ejercer cargos públicos no electivos* mediante nombramiento administrativo, que encuentra su fundamento en los artículos 61 y 21 de la Constitución, en cuyo caso los funcionarios públicos podrían ser objeto de las sanciones impuestas de inhabilitación por el Contralor, para el ejercicio de cargos de nombramiento.

Es decir, no es posible constitucionalmente eliminarle a un ciudadano el ejercicio de los derechos políticos más esenciales a la democracia representativa como son el derecho ciudadano a elegir o a ser elegido para cargos representativos de la voluntad popular, mediante un acto que no sea una sentencia judicial penal, dictado por un funcionario que no es parte del Poder Judicial, es decir, que no es un “juez” y que para dictarlo no ha seguido un proceso penal que es el regulado en los Código Procesal Penal.

Por ello, precisamente, en Venezuela, como se ha dicho, la inhabilitación política la regula el Código Penal como una pena accesoria a una pena principal (presidio o prisión), que se impone como consecuencia de una condena penal (art. 13 y 16), que sólo se puede dictar e imponer por un juez penal, que además de tener que ser el juez competente tiene que ser un juez profesional que es el único que puede conocer de las fases del proceso penal conforme al artículo 104 del Código Orgánico Procesal Penal, en un proceso penal desarrollado realizado en forma “oral y público, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial,” conforme a las previsiones de dicho Código.

Dicha pena accesoria de inhabilitación política, como se dijo, no puede nunca “imponerse como pena principal sino como accesoria a las de presidio y prisión,” y produce “como efecto, la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tenga el penado y la incapacidad, durante la condena, para obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio” (art. 24, Código Penal).

En ese marco garantista, la competencia asignada al Contralor General de la República para sancionar a funcionarios públicos con la “inhabilitación política,” como lo dijo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No 1266 de 6 de agosto de 2008 (caso: *Acciones de nulidad contra en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*), constituye el ejercicio de una potestad sancionadora atribuida al Contralor General de la República que está exclusivamente “referida al ámbito administrativo: es decir, que no es una sanción política” pues la misma “se ciñe a la función administrativa vista la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República.”¹⁵

No es posible, por tanto, constitucionalmente, aplicar la sanción administrativa a una persona y suspender su derecho constitucional a ser electo, que solo puede ser afectado por decisión judicial.

¹⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1266-060808-06-0494.htm> Lo afirmado por la Sala, sin embargo, es contradictorio con lo que ella misma afirmó erradamente en la misma sentencia al indicar que la sanción de inhabilitación impuesta por la Contraloría -surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es por concurso, designación o elección popular,- y de que -esta inhabilitación dictada por la Contraloría -se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular.-

III. LA INCOMPETENCIA DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA REVOCAR MANDATOS POPULARES

De acuerdo con la Constitución, específicamente conforme a lo previsto en los artículos 6, 70 y 72, los mandatos de elección popular son revocables, lo que implica la consagración de dos derechos: por una parte, un derecho del pueblo a revocar el mandato de un funcionario electo; y por la otra, el derecho del funcionario a cumplir su mandato popular, sin que nadie sino el pueblo pueda revocarlo mediante referendo revocatorio.

Por tanto, conforme a la Constitución ningún funcionario público, y menos el Contralor General de la República tiene competencia alguna para revocarle el mandato a un funcionario electo, ni, por tanto, encubrir la revocación como una “destitución” y menos como “la ruptura o disolución del vínculo laboral” del funcionario electo con la Administración, como insólitamente lo ha hecho en la resolución contra Capriles.

Una decisión de un órgano administrativo como el Contralor General de la República, por la naturaleza popular de la investidura (representante del pueblo) en ningún caso puede implicar la destitución de un representante electo, pues de lo contrario, como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 2444 de 20 de octubre de 2004 (caso: *Tulio Rafael Gudiño Chirasso*), ello colidiría “con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos [solo] pueden ser objeto de referendo revocatorio.”¹⁶

Por ello, la “inhabilitación política” impuesta inconstitucionalmente por el Contralor General de la República, como sanción administrativa al Gobernador del Estado Miranda, funcionario electo popularmente, no puede en ningún caso significar conforme al principio democrático representativo, que el mismo pudiera ser removido de su cargo, lo que solo puede ocurrir mediante la expresión de voluntad popular a través de un referendo revocatorio (art. 72), o como consecuencia de una condena penal por algún delito, dictada en proceso penal en el cual se inhabilite al condenado como una pena accesoria a la pena principal en materia penal) conforme al Código Penal.

IV. LA INCONSTITUCIONAL E INMOTIVADA DECISIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA CONTRA EL GOBERNADOR DEL ESTADO MIRANDA DE INHABILITARLO POLÍTICAMENTE Y REVOCARLE SU MANDATO POPULAR

La inhabilitación política inconstitucionalmente impuesta al Gobernador del Estado Miranda y la revocación de su mandato, impuesta por el Contralor General de la República, como se dijo está contenida en la Resolución N° 239 de 6 de abril de 2017, que le fue notificada el día 7 de abril de 2017 por un Director del organismo.

La misma invocó, como fundamento para imponerla, con todo el cinismo imaginable, una referencia a un fantasmagórico “Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019,” en el cual supuestamente se define como objetivo “desarrollar una batalla frontal contra las diversas formas de corrupción” que el Contralor por supuesto renunció a realizar en el país, sustituyéndola por otra batalla, ciertamente, pero dirigida a perseguir a los líderes políticos nacionales y de impedirle a los ciudadanos poder ejercer sus derechos políticos, como ocurre ahora con el Gobernador del Estado Miranda.

En ese marco, entonces, el Contralor General que se ha abstenido de perseguir tantos corruptos del régimen, procedió a enumerar las supuestas “irregularidades administrativas” en las cuales habría incurrido el Gobernador del Estado Miranda entre “2011, 2012 y el primer trimestre de 2013” que supuestamente, sin razonarlo, ameritaban semejante pena de inhabilitación política y revocación del mandato del Gobernador.

Para el asombro de cualquier lector las siguientes fueron las supuestas irregularidades:

¹⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2444-201004-04-0425%20.htm> Por ello, tanto para la elección de cargos de representación como para la remoción de los representantes electos de sus cargos, rige lo expresado en esta sentencia en el sentido de que dado que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional refería al referendo revocatorio de mandatos: -siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancia, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.-

Primero, por supuestamente no haber presentado a tiempo ante el Consejo Legislativo del Estado el proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2013. El remedio para esta situación, conforme a la Constitución del Estado Miranda, es la reconducción del Presupuesto del año anterior, pero ello, y no habiéndose indicado nada sobre daños al patrimonio público, en ningún caso podría siquiera acarrear la imposición de una sanción de multa; y mucho menos la de inhabilitación política al Gobernador y la subsecuente revocación de su mandato.¹⁷

Segundo, por supuestamente haber celebrado tres convenios con las embajadas de Gran Bretaña y Polonia para “la creación de páginas web, acondicionamiento de canchas deportivas y el proyecto promotores por la paz escolar,” por considerar que el Gobernador debió haber obtenido la aprobación de la Asamblea Nacional por supuestamente tratarse de un “contrato de interés público municipal,” celebrado con un “Estado extranjero” de los que menciona el artículo 150 de la Constitución.

Por supuesto, un aporte, por lo demás modestísimo recibido de una embajada por un Municipio para crear una página web, acondicionar unas canchas deportivas y para un proyecto social de promotores por la paz escolar no es posible que se pueda considerar como un contrato celebrado con un “Estado extranjero” que amerite la aprobación de la Asamblea Nacional. Lo contrario no es más que un soberano disparate.

Sobre ello, lo único que debió haber controlado la Contraloría era sobre si los fondos recibidos como donación y, por tanto, como ingresos extraordinarios, se aplicaron correctamente para los fines que los motivaron. Pero ello, y no habiéndose indicado nada sobre daños al patrimonio público, en ningún caso podría siquiera acarrear la imposición de una sanción de multa; y mucho menos la de inhabilitación política al Gobernador y la revocación de su mandato.

Tercero, por supuestamente haberse suscrito un contrato de servicio en 2011 mediante el procedimiento de “adjudicación directa” en lugar de por “concurso abierto”, luego de que la Directora competente de la Gobernación lo justificase mediante un acto administrativo debidamente motivado, lo que el Contralor consideró que se había hecho en supuesta contravención de la Ley de Contrataciones Públicas. El Contralor General solo argumentó que “no se evidenciaban los supuestos de la procedencia de la Contratación directa” pero sin decir nada más, lo que evidencia una ausencia absoluta de motivación, que hace el acto nulo. Pero en todo caso, si llegase a comprobarse el aserto del Contralor, ello lo único que originaría sería la aplicación de las sanciones de multa previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, pero en ningún caso, y menos cuando nada se indicó sobre supuestos daños al patrimonio público, ello podría originar la imposición de la pena de inhabilitación política al Gobernador y la revocación de su mandato popular.

Cuarto, por supuestamente haberse suscrito un contrato de servicio también en 2011, mediante el procedimiento de “adjudicación directa” en lugar de por “concurso cerrado”, sin que hubiera un acto motivado, de nuevo en supuesta contravención de la Ley de Contrataciones Públicas. Igualmente, en este caso, si se llegase a comprobar el aserto del Contralor, ello lo único que ello podría originar sería la aplicación de las sanciones de multa previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, pero en ningún caso, y menos, cuando nada se indicó sobre supuestos daños al patrimonio público, ello podría originar la imposición de la pena de inhabilitación política al Gobernador y la revocación de su mandato; y

Quinto, por supuestamente haberse suscrito dos contratos de servicios en 2011 y 2012, para la “Contratación del Servicio Funerario para el personal de la Gobernación del Estado,” haciéndose pagos por concepto de anticipo sin estar establecidos en los respectivos Pliegos de Condiciones, también en supuesta contravención de la Ley de Contrataciones Públicas, Igualmente en este caso, si llegase a comprobarse el aserto del Contralor, ello lo único que ello podría originar sería la aplicación de las sanciones de multa previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, pero en ningún caso, y menos, cuando nada se indicó sobre supuestos daños al patrimonio público, esa supuesta conducta podría originar la imposición de la pena de inhabilitación política al Gobernador y la revocación de su mandato.

¹⁷ La norma equivalente de la Constitución de 1999 es el artículo 313, que indica lo siguiente: -La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso.- *Mutatis mutandi*, sería impensable que el llamado Contralor General de la República pudiera llegar a inhabilitar políticamente al Presidente de la República, si por alguna circunstancia no presentase el proyecto de Ley de Presupuesto y hubiera que reconducir el Presupuesto nacional como en más de una ocasión ha ocurrido en la historia de la Administración financiera.

Todas las supuestas irregularidades administrativas antes mencionadas, de ser ciertas, conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría a lo único que podían dar origen era a la imposición de la *sanción de multa* (arts. 91, 92 y 94), “de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado.” En este caso, ningún perjuicio al patrimonio público fue siquiera mencionado por el Contralor, y solo se trataba de supuestas contravenciones a trámites administrativos, que lo único que permitían era la imposición de multas según la “gravedad de la falta.” Para ello, el Contralor estaba obligado a evaluar dicha gravedad e imponer la multa respectiva.

Sin embargo, el Contralor no aplicó la Ley ni aplicó multa alguna, pues no tenía argumento para calificar la “gravedad” de las supuestas faltas, es decir, no aplicó sanción administrativa “principal”, y pasó directamente a aplicar la segunda parte del artículo 105, la que llamó en la Resolución como “sanción administrativa accesoria”, referida a que “*atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida*,” podía decretar la inhabilitación política “para el ejercicio de funciones públicas.”

Y ello fue lo que hizo respecto del Gobernador del Estado Miranda imponiéndole inconstitucionalmente la “pena” de inhabilitación política “para el ejercicio de funciones públicas” por el período máximo permitido en la Ley que es de quince años, sin motivación alguna, es decir, como rey de la arbitrariedad, sin decir ni una sola palabra sobre en qué consistía la “gravedad” de las supuestas irregularidades cometidas que sin que se hubiese producido daño alguno al patrimonio público, ameritaban la imposición de la “pena” máxima (ni siquiera el término medio), lo que además vicia la decisión de nulidad por inmotivación y por violación del artículo 13 de la Ley Contra la Corrupción que le impone el principio de la proporcionalidad en la imposición de sanciones.

Por no contento con la inconstitucionalidad de inhabilitar por tres lustros a Henrique Capriles Radonski, suspendiendo su derecho a ser electo en elecciones futuras, violando lo previsto en el artículo 42 de la Constitución que exige sentencia judicial definitiva para ello; el Contralor incurrió en otro vicio de inconstitucionalidad al proceder a revocarle, también inconstitucionalmente, su mandato como Gobernador electo en el Estado Miranda, disponiendo que debe cesar en el ejercicio de dicho cargo para el cual el pueblo lo eligió, que solo el pueblo puede decidir.

La Resolución, en efecto, dispuso en el “Resuelve” segundo de la Resolución que:

“la sanción de inhabilitación impuesta supone la ruptura o disolución de todo vínculo laboral que pueda existir con órganos o entes de la Administración Pública, así como la imposibilidad de ejercer funciones públicas, cualquiera sea su naturaleza por el lapso que dure la misma.”

Es decir, la sanción de inhabilitación supone ni más ni menos que la revocación del mandato que tenía como Gobernador electo por voto popular, y que estaba ejerciendo, lo cual solo el pueblo que lo eligió puede hacer, habiendo violado el Contralor con su Resolución, lo previsto en los artículos 6, 70 y 72 de la Constitución.

No se entiende, por supuesto, que luego de que el Contralor decretara esta inhabilitación y revocación de mandato popular, calificándola como “una sanción administrativa accesoria,” y que evidentemente entró en vigencia a la fecha de la notificación de la Resolución (7 de abril de 2017) que conforme al artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es la fecha en que comienza a surtir efectos (es decir, es la fecha “de ejecución de la Resolución” a que se refiere el “Resuelve” primero de la misma); sin embargo, contrariando el propio texto antes indicado de la Resolución, ese funcionario irresponsable, en un “Comunicado” de prensa publicado el día 8 de abril de 2017, expresó que “la inhabilitación comenzará a surtir efecto cuando el mandatario regional cese funciones como gobernante.”¹⁸

¹⁸ Después de anunciar que -El contralor general de la República, Manuel Enrique Galindo Ballesteros, en ejercicio de las atribuciones conferidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, [...] inhabilitó al ciudadano Henrique Capriles Radonski, gobernador del estado Bolivariano de Miranda para el ejercicio de funciones públicas por un período de 15 años, como sanción accesoria a la declaratoria de responsabilidad dictada mediante Auto Decisorio de fecha 19 de enero de 2017;- el texto del Comunicado de la Contraloría agregó, contrariando el texto mismo de la Resolución, que -La ejecución de esta sanción administrativa accesoria contenida en la Resolución N° 01-00-000239 de fecha 6 de abril de 2017, surtirá efectos a partir de la fecha en la cual el ciudadano antes identificado cese en sus funciones como gobernador del estado Bolivariano de Miranda.- Véase en -La Contraloría explica las razones de la inhabilitación de Capriles.- El Universal, 8 de abril de 2017, en http://www.eluniversal.com/noticias/politica/contraloria-explica-las-razones-inhabilitacion-capriles_647532.

Eso, por supuesto, no es lo que se dice en el texto mismo de la Resolución,¹⁹ en la cual lo que se dispone es que la sanción impuesta entra en aplicación “a partir de la fecha de ejecución” de la Resolución, que no es otra que la de la notificación de la misma (7 de abril de 2017).²⁰ Por tanto, es falso que en la Resolución el Contralor hubiese dispuesto que la sanción impuesta comenzara a surtir efectos cuando el Gobernador Capriles cese en su mandato. Y si eso es lo que el Contralor, después de dictar su Resolución, quisiera interpretar de su Resolución en el sentido de que la entrada en vigencia de sus efectos debería ser pospuesta, tendría entonces que reformar formalmente su texto, y expresar claramente lo que antes no expresó.

En todo caso, el principal afectado por esta nueva arbitrariedad, sin duda, además de Henrique Capriles Radonski, Gobernador electo por el pueblo del Estado Miranda, es el propio pueblo del Estado a quien el régimen arbitrario le niega su derecho a estar representado por el Gobernador que eligió.

Por ello, con razón, el Gobernador Capriles se ha rebelado contra la Resolución y ha afirmado que:

“pese a la inhabilitación que le impuso la Contraloría del país, seguirá siendo el gobernador de esa entidad y pidió “permiso” a los mirandinos para irse a recorrer cada rincón de Venezuela.

“Seguiré siendo su gobernador hasta que el pueblo de Miranda elija un nuevo gobernador”, afirmó Capriles, quien a su vez dijo que para nadie es un secreto su “aspiración” a ser presidente del país caribeño.”²¹

Dicho pueblo del Estado Miranda, por lo demás, con razón, también tendría derecho a rebelarse contra el régimen y contra su Contralor, que le han cercenado su soberanía al impedirle ejercerla mediante sus representantes electos mediante sufragio, como reza el artículo 5 de la Constitución.²² El Contralor General, en particular, por lo visto, parecería que ni siquiera se leyó la última frase de dicha norma que significa que él, como Contralor (órgano del Estado), “está sometido a la soberanía popular,” y no puede rebelarse contra ella.

Por todo ello, con razón, sobre esta inconstitucional decisión del Contralor General de la República contra Capriles, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos Luis Almagro la calificó como “una medida típica de una “dictadura que viola los derechos civiles y políticos” agregando que:

“El único que inhabilita es el pueblo y por elecciones. Se trata de medida típica de dictadura que viola los derechos civiles y políticos.”²³

En el *Informe de Seguimiento sobre Venezuela* que presentó al Consejo Permanente de la Organización el 14 de marzo de 2017, Almagro había denunciado cómo “Venezuela viola todos los artículos de la Carta Democrática Interamericana.”²⁴ Este caso del Gobernador Capriles se trata, sin más, de una nueva y burda violación, que ahora se suma a todas las anteriores.

¹⁹ Sin embargo, en la misma línea del -Comunicado- de la Contraloría, José Vicente Haro, consideró que -no existe ningún impedimento para que Capriles termine su mandato como gobernador [...] El abogado reiteró que la medida solo sirve para evitar que el político en cuestión pueda postularse a nuevos cargos.- Véase en Gabriela Morales, -Capriles: inhabilitación inconstitucional que intenta anular su liderazgo-, en *El Nacional*, Caracas 7 de abril de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/oposicion/capriles-inhabilitacion-inconstitucional-que-intenta-anular-lide-raz-go_95890.

²⁰ Particularmente porque de acuerdo con el artículo 110 de la propia Ley Orgánica de la Contraloría, -La interposición de los recursos a que se refieren los artículos anteriores, no suspende la ejecución de las decisiones que dictaminen la responsabilidad administrativa, impongan multas o formulen reparos.-

²¹ Véase en Federico Parra, -Líder opositor venezolano Henrique Capriles anuncia que ha sido inhabilitado por 15 años-, en *El Nuevo Herald*, 7 de abril de 2017, en <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article143324414.html>.

²² El artículo 5 de la Constitución dispone: -La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. / Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.-

²³ Véase en -Almagro condenó inhabilitación política de Henrique Capriles-, en *El Caroreño*, 7 de abril de 2017, en <http://diarioelcaroreno.com.ve/web/2017/04/07/almagro-condeno-inhabilitacion-politica-de-henrique-capriles/>

²⁴ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 14 de marzo de 2017 con el Informe de seguimiento sobre Venezuela en <http://www.oas.org/documents/spa/press/informe-VZ-spanish-signed-final.pdf>.

76. 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)

Revista de Derecho Público, N° 149-150, enero-junio. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 353-363

Resumen: *Este comentario analiza lo decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencias N° 378 de 31 de mayo de 2017 y 455 de 12 de junio de 2017, mediante las cuales la Sala le eliminó al pueblo su derecho exclusivo, como titular del poder constituyente originario, de convocar un proceso de reforma constitucional mediante un “referendo de convocatoria” de una Asamblea Nacional Constituyente, avalando la inconstitucional convocatoria de la misma efectuada para ello por el Presidente de la República.*

Palabras Clave: *Poder Constituyente originario; Pueblo. Soberanía; Asamblea Constituyente. Convocatoria*

Abstract: *These comments are devoted to analyze what was decided by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, through decisions N° 378 of May 31, 2017 and N° 455 of June 12, 2017, in which the Chamber eliminated the exclusive right of the people, as holder of the original constituent power, to convene through a “convening referendum” of a Constituent Assembly, endorsing the unconstitutional convening of such Assembly made by the President of the Republic.*

Key words: *Original Constituent Power; People. Sovereignty; Constituent Assembly. Convening.*

I. SOBRE LA NECESARIA E INDISPENSABLE PARTICIPACIÓN DEL PUEBLO EN LOS PROCESOS DE REVISIÓN O REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Como lo expliqué hace unos años, conforme a la Constitución de 1999 es indispensable la participación directa del pueblo mediante referendo en los tres mecanismos que se regulan para la reforma o revisión constitucional, que:

“se puede realizar mediante la adopción de enmiendas y reformas *que siempre requieren de la aprobación popular por la vía de referendo*. En cuanto a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, *la misma debe ser convocada por referendo*, aun cuando la nueva Constitución no tiene que ser aprobada por el pueblo.

Los artículos 340 y 341 de la Constitución regulan las *Enmiendas constitucionales*, las cuales deben tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental; debiendo tramitarse conforme al artículo 341, en la forma siguiente:

1. La iniciativa puede partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requiere la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se debe discutir, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

3. El Poder Electoral debe someter a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.

4. Se consideran aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.

5. Las enmiendas deben ser numeradas consecutivamente y se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar su texto, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

El Presidente de la República está obligado a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en la Constitución (Art. 346). En este último caso, se aplica el artículo 216 de la Constitución, el cual establece la obligación del Presidente y de los Vicepresidentes de la Asamblea Nacional de promulgar la ley cuando el Presidente de la República no lo hiciere en los lapsos respectivos.

En segundo lugar, en cuanto a las *Reformas constitucionales*, conforme al artículo 342 de la Constitución, las mismas tienen por objeto una revisión parcial de la misma y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

La iniciativa de la Reforma puede ser tomada por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o por un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

El artículo 343 de la Constitución regula el trámite de la iniciativa de reforma constitucional por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

1. El proyecto de reforma constitucional debe tener una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.

2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.

3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.

4. La Asamblea Nacional debe aprobar el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.

5. El proyecto de reforma se debe considerar aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional, conforme lo exige el artículo 344 de la Constitución, debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

La Reforma constitucional se debe declarar aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no puede presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional (Art. 345).

El Presidente de la República está obligado a promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en la Constitución (Art. 346). En este caso, igual que en las enmiendas, se aplica el artículo 216 de la Constitución.

Por último, conforme al artículo 347 de la Constitución, el pueblo, como “depositario del poder constituyente originario,” puede convocar una *Asamblea Nacional Constituyente* con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. *La voluntad del pueblo debe manifestarse mediante un referendo decisorio que debe ser convocado* como se indica en el artículo 348, a iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros; de la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; de los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o del 15% de los electores inscritos en el registro Civil y Electoral. La Constitución no exige que la nueva Constitución que apruebe la Asamblea Nacional Constituyente deba someterse a la aprobación popular.”¹

¹ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios N° 82, Caracas 2009, pp. 52-54

No tiene ningún sentido, por tanto, en el ordenamiento jurídico venezolano, sostener que en la Constitución de 1999, para por ejemplo cambiar una “coma” de un artículo de la Constitución mediante *Enmienda Constitucional*, o cambiar el sentido de un artículo constitucional con alguna regulación sustancial mediante la *Reforma Constitucional* se requiere de la participación del pueblo mediante referendo aprobatorio, y que para cambiar TODA la Constitución, transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico mediante una Asamblea Nacional Constituyente no se requiera de la participación del pueblo mediante referendo de convocatoria.

Es un fraude a la Constitución y a la voluntad popular sostener que como en la Constitución solo se hace mención a referendo aprobatorio en el caso de la Enmienda Constitucional y de la Reforma Constitucional, que en consecuencia no es necesario el referendo de convocatoria en el caso de la Asamblea Constituyente a pesar de que la Constitución reserva al pueblo su convocatoria.

Y eso es precisamente lo que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consolidando el fraude constitucional, en dos sentencias dictadas a comienzos de junio de 2017.

II. EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN Y A LA VOLUNTAD POPULAR POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL AL NEGARLE AL PUEBLO SU PODER EXCLUSIVO DE CONVOCAR UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

En primer lugar, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al “interpretar” con carácter vinculante los artículos 347 y 348 de la Constitución mediante sentencia N° 378 de 31 de mayo de 2017,² concluyendo con todo simplismo que:

“De tal manera que, el artículo 347 define en quien reside el poder constituyente originario: en el pueblo como titular de la soberanía. Pero el artículo 348 precisa que la iniciativa para ejercer la convocatoria constituyente le corresponde, entre otros, al “Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros”, órgano del Poder Ejecutivo, quien actúa en ejercicio de la soberanía popular.

En los términos expuestos anteriormente, la Sala considera que *no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado* en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.”

Esta absurda conclusión que contraría la letra del artículo 347 de la Constitución,³ la elaboró la Sala a la medida de lo que quería el régimen con ocasión de decidir un recurso de interpretación de dichas normas formulado quince días antes por un abogado “actuando en nombre propio,” en el cual básicamente argumentó que para que el pueblo en ejercicio del poder constituyente originario pudiese convocar una Asamblea Nacional Constituyente, debía hacerlo mediante referendo que debía realizarse una vez que se tomara la iniciativa por los legitimados para ello ante el Consejo Nacional Electoral,⁴ el cual al recibirla debía someterla a “consulta al soberano como poder originario para que se manifieste en mayoría si está de acuerdo que se realice o no el proceso Constituyente.”

El peticionante formuló el recurso de interpretación, según se reseña en la sentencia, porque el Presidente de la República y algunos de sus Ministros argumentaron públicamente

“que ya no hacía falta la manifestación del pueblo en cuanto a la activación de la Constituyente, y que además como quien realizo (sic) la iniciativa era el presidente (sic) de la República pues es el (sic) quien debe presentar los candidatos realizar la escogencia de los mismos, invitando a todos a inscribirse para su elección (...)” (resaltado del escrito).”

En definitiva, estas fueron según la Sala las dudas e interrogantes planteadas por el recurrente:

“-Será que el termino (sic) la iniciativa deba entenderse como un todo, y que solo lo indispensable sería entonces aprobar o no el proyecto que presente de modelo de Constitución luego de discutida.

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199490-378-31517-2017-17-0519.HTML>

³ *Artículo 347.* El 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 el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

⁴ *Artículo 348.* La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

-[S]erá que no se requiere que el soberano poder originario evalúe (sic) si acepta, si está de acuerdo o no, con una nueva Constitución.

-Será que solo emitirá el voto de aprobación o no al proyecto ya presentado por quien ejerció la iniciativa.

La Sala, luego de declararse competente para conocer del recurso de interpretación abstracta de la Constitución, inconstitucionalmente establecido en forma pretoriana por la sentencia N° 1077, del 22 de septiembre de 2000 (caso: *Servio Tulio León*), y luego recogida en el artículo 25 de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, procedió a admitirlo declararlo considerando que el recurrente tenía la legitimidad necesaria

“por su interés legítimo, como parte del poder originario, como venezolano y profesional del derecho y ante el clamor popular, vista la ambigüedad e incertidumbre jurídica de los artículos 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, manifestada en la realización de la iniciativa y la consulta para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la iniciativa o solicitud al Consejo Nacional Electoral a los fines de que realice la consulta al poder originario, para que manifieste si está de acuerdo en que se efectúe o no el proceso constituyente, el cual podría iniciarse a finales del mes de julio del año 2017, lo cual resulta un hecho notorio y comunicacional, visto el Decreto N° 2.830, dictado el 1° de mayo de 2017, por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Nicolás Maduro Moros.”

Y luego de declarar el asunto planteado como “de mero derecho, en tanto no requiere la evacuación de prueba alguna al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento interpretativo,” la Sala pasó de inmediato a decidir, “sin más trámites” sobre “el alcance y el contenido de los artículos 347 y 348 de la Constitución,” en particular en:

“lo relativo a la realización de la iniciativa y la consulta para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la iniciativa o solicitud al Consejo Nacional Electoral, a fin de que realice la consulta al poder originario, para que manifieste si está de acuerdo en que se efectúe o no el proceso Constituyente.”

Después de copiar el texto de los artículos 347 y 348 de la Constitución, y recordar que la Constitución de 1961, a pesar de contemplar las figuras de la Enmienda y Reforma, no contempló la de “la Asamblea Constituyente para que el pueblo, como poder constituyente originario, pudiera redactar un nuevo texto fundamental,” la Sala pasó a referirse al proceso de interpretación del artículo 4 de la Constitución (1961) y el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que en 1998 intentaron unos ciudadanos en diciembre de 1998, “con la finalidad de aclarar si era posible, con base en el, convocarse un referéndum consultivo para que el pueblo determinara si estaba de acuerdo con la convocatoria de una Asamblea Constituyente,” que concluyó en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 19 de enero de 1999,⁵ “en la cual dicha Sala lo único que resolvió fue a través de un referendo consultivo podía:

“ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente” (subrayado de este fallo).

Nada dijo la Sala Constitucional, sin embargo, sobre la segunda pregunta que entonces se le formuló y que no fue respondida en 1999 por la antigua Corte Suprema, sobre si se podía convocar una Asamblea Constituyente (no prevista en la Constitución de 1961) sin reformar previamente la Constitución; y solo se refirió a las vicisitudes de la convocatoria de entonces al referendo consultivo por el Presidente de la República mediante Decreto N° 3 del 2 de febrero de 1999, y las modificaciones de las “bases comiciales” de entonces como consecuencia de otras decisiones judiciales, entre ellas, “la sentencia de la Corte Suprema

⁵ Véase sobre dicha sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *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.

de Justicia del 18 de marzo de 1999 y su aclaratoria del 23 de marzo del mismo año, así como según fallo del 13 de abril de 1999.”⁶

En todo caso, luego de constatar que el proceso constituyente de 1999 se inició mediante la convocatoria por el Presidente Chávez “de un referéndum consultivo para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en cuya oportunidad, el convocante propuso las bases para la elección de los integrantes del cuerpo encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental,” indicó que tales circunstancias iniciales se debieron a la ausencia en la Carta de 1961 de previsión alguna sobre la Asamblea Nacional Constituyente.

Sin embargo, como se ha visto, en la Constitución de 1999, efectivamente conforme afirmó la Sala “la situación constitucional actual es totalmente diferente,” ya que en la misma ahora sí se regula la Asamblea Nacional Constituyente como una de las “tres modalidades de “revisión” constitucional: la enmienda, la reforma y la Asamblea Nacional Constituyente,” pasando la Sala con un simplismo que ni siquiera los libros escolares adoptaron, constatando que a pesar de que la Constitución reserva al la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente al pueblo en ejercicio del poder constituyente originario, indicando que de autos, sin embargo “no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.”

Luego pasó la Sala a afirmar que en su sesión N° 41 del 9 de noviembre de 1999, conforme al Diario de Debates de la Constituyente, en el desarrollo del debate “la propuesta del Constituyente Manuel Quijada de que el pueblo pudiera convocar a la Asamblea Constituyente mediante un referéndum fue negada.” Ello es absolutamente falso. Al contrario, en el Diario de Debates lo que quedó claro es que la propuesta formulada sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente es que ello se haría mediante un “referendo de convocatoria.”⁷ Ese fue el espíritu de la discusión y el sentido de lo que fue aprobado al atribuirle al pueblo la potestad única de convocar la Asamblea, y evidente y lógicamente el pueblo solo puede convocarla mediante referendo. No hay otra forma., en esta materia, cómo el pueblo pueda manifestarse.

La Sala luego pasó a referirse con argumentos no jurídicos y que de nada sirven para interpretar las normas constitucionales, que aun cuando el artículo 71 de la Constitución al regular el derecho a la participación popular prevé el referendo, supuestamente habría unas “circunstancias objetivas sobrevenidas” que “ambientarían” la premura del proceso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, en medio de “un estado de excepción no concluido aún,” considerando que ello habría motivado al Presidente a tomar:

“decisiones genéricas, expeditas y de profundidad constitucional, dentro de las cuales, por iniciativa del Presidente de la República se ha resuelto iniciar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que pueda en condiciones pacíficas poner de acuerdo al país en un nuevo Contrato Social, sin hacer uso en esta oportunidad, por tales circunstancias, de lo previsto en el citado artículo 71.”

En fin, a pesar de que la Sala identificó como “uno de los rangos fundamentales distintivos que hacen de la Carta de 1999 una Constitución Social de nuevo tipo, es la opción por la democracia participativa y protagónica,” y reconocer que “el ejercicio directo” de la soberanía es decir, la democracia directa se “manifiesta en los medios de participación y protagonismo contenidos en el artículo 70 de la Constitución” entre los cuales está el referendo; sin embargo, en definitiva le negó al pueblo su derecho de participar y poder decidir en forma directa si convoca o no una Asamblea Nacional Constituyente. Para ello, luego de referencias y citas innecesarias sobre las formas de ejercicio de la soberanía, directa e indirecta, la Sala simplemente concluyó afirmando que:

“El artículo 347, cuya interpretación se solicita, debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La configuración judicial del proceso constituyente en Venezuela de 1999 o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción-, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, N° 68, 2006, pp. 55-130.

⁷ Véase lo indicado en Allan R. Brewer-Carías, -La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante -referendo de convocatoria- convocar una Asamblea Constituyente: análisis del *Diario De Debates*. 17 de mayo de 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/05/159.-doc.-Brewer.-ANC-y-referendo-de-convocatoria.-17-5-2017.pdf>

cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.”

Hasta aquí, la Sala sólo copió lo que dicen los artículos 347 y 348 de la Constitución, pero sin darle importancia alguna a lo que reconoce la sentencia en el sentido de que:

“el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente,”

concluyó en la forma más absurda que:

“no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.”

O sea que a pesar de que se diga que solo el pueblo como titular del poder constituyente originario puede convocar la Asamblea nacional Constituyente, como no se identifica expresamente la forma como puede manifestar su voluntad que no es otra que, a través de un referendo, simplemente se le quita su poder y se le asigna arbitrariamente al Presidente de la República, usurpándose así la voluntad popular.

De lo que resulta la aberración constitucional de que ni más ni menos, para cambiarle una coma a un artículo constitucional el pueblo debe participar mediante un referendo, pero para sustituir en su totalidad de la Constitución por otra y crear un nuevo Estado al pueblo no debe participar mediante referendo, simplemente porque no se previó expresamente su forma de convocar la Asamblea Constituyente.

El intérprete debió escudriñar en la Constitución cómo el pueblo podía convocar una Asamblea Constituyente, que no era otra vía que no fuera un referendo de convocatoria, pero no podía concluir que como no se indicaba expresamente dicha modalidad, entonces simplemente ya no tenía la potestad exclusiva de convocatoria que le da la Constitución.

III. EL DESPRECIO A LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES DE 1999 POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL, CONSIDERANDO AJUSTADAS A LAS MISMAS LAS INCONSTITUCIONALES “BASES COMICIALES” DICTADAS PARA LA CONFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 455 de fecha 12 de junio de 2017, declaró sin lugar el recurso de nulidad de nulidad por inconstitucionalidad que había sido intentado por el abogado Emilio J Urbina, “actuando en su propio nombre” contra el Decreto N° 2.878, de 23 de mayo de 2017 (publicado en *Gaceta Oficial* N° 41.156 de la misma fecha) que estableció las “bases comiciales” para la integración de la Asamblea Nacional Constituyente⁸ convocada por el Presidente de la República mediante Decreto N° 2830 de 1 de mayo de 2017; declarando, además, expresamente “la constitucionalidad” del mismo.

La Sala Constitucional, para decidir, comenzó advirtiendo que ya había emitido el fallo antes comentado N° 378 del 31 de mayo de 2017, estableciendo su interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución, antes comentada, donde simplemente decidió como antes hemos destacado, ignorando lo que regula la Constitución de que sólo el pueblo puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente, que “no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX (...)”; y además, que ya el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución N° 170607-118, de 7 de junio de 2017, ya había dado su conformidad a las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente.”

Y luego pasó la Sala Constitucional a resumir, a desechar y a decidir lo que en su criterio fueron los alegatos fundamentales del recurrente sobre la inconstitucionalidad de las mencionadas bases comiciales, reduciéndolos a los siguientes:

Primero: “a) *Que en el primer Considerando del Decreto N° 2.878, se le asignan a la Asamblea Nacional Constituyente, atribuciones que exceden el artículo 347 de la Constitución de 1999, al proponer la construcción del socialismo y la refundación de la Nación venezolana.*”

⁸ El decreto fue modificado mediante Decreto N° 2.889 de fecha 4 de junio de 2017, *Gaceta Oficial* N° 41.165 de 5 de junio de 2017.

Sobre este alegato, la Sala indicó que como se trató de una afirmación en los “Considerandos” del Decreto, la misma “no forma parte del texto de tal acto,” y no tiene “un contenido normativo,” considerando además que no contiene “en absoluto propuestas vinculantes para el órgano encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental.” En definitiva, sobre ello, la Sala resolvió que:

“menciones como la impugnada en un “Considerando”, son irrelevantes a los efectos de examinar la constitucionalidad del acto (decreto), salvo si se tratara del fundamento constitucional de su competencia; así se decide.”

En fin, pura y simplemente una negativa a impartir justicia, negándose la Sala a decidir sobre la inconstitucionalidad alegada, en particular sobre la indicación de que la convocatoria a una Asamblea Constituyente tiene un propósito fundamental y es la construcción del socialismo, propuesta rechazada por el pueblo en el referendo de 2007 y por la cual nadie nunca ha votado; y además, con el propósito, no de reformar el Estado que es lo que autoriza la Constitución, sino de “refundar la nación” que no es lo mismo por más malabarismos que haga la Sala para confundir Nación con Estado.

Como bien lo observó el impugnante, primero “proponer una ANC para introducir el socialismo, implica un *flagrante fraude constitucional*,” y segundo, “la ANC lo que pudiera en todo caso es refundar al Estado venezolano y su ordenamiento jurídico –*in toto*– por medio de una Nueva Constitución. Nunca, pero nunca, una ANC podría ser establecida para “REFUNDAR LA NACIÓN”, sino al Estado, éste último, personificación jurídica de la Nación.

Segundo: “b) *El Decreto Presidencial se encuentra en contradicción con el artículo 4 de la Constitución y colide con el carácter universal del sufragio.*”

En relación con esta denuncia, la Sala se limitó a indicar que no advertía “violación alguna del contenido del artículo 4 del Título I de la Constitución vigente,” pues dicha “disposición ratifica el carácter federal descentralizado de la República Bolivariana de Venezuela, ‘en los términos consagrados en esta Constitución’”. Agregó la sala, simplemente que:

“Se sabe que el régimen federal venezolano tiene rasgos particulares que lo alejan de un Estado Federal clásico. Por ejemplo, desde 1945 el Poder Judicial es nacional (no estatal) y en la Carta de 1999 se eliminó el Senado, como Cámara representante de los estados como entidades federativas. Por otra parte, no se advierte en este artículo referencia alguna al carácter universal del sufragio. Así se declara.”

Tercero: “c) *Que se desconoce el modelo federal venezolano y se atenta contra el principio de la soberanía popular, prevista en el principio de proporcionalidad poblacional.*”

Sobre esta denuncia, la Sala Constitucional insistió en que “no observa del Decreto impugnado una violación al modelo federal venezolano” considerando que el recurrente como fundamento de esta denuncia de violación, para la elección de la Asamblea Constituyente proponía “asumir el itinerario electoral previsto en la Ley Orgánica de Procesos Electorales para las elecciones de los cuerpos colegiados (un concejo municipal, un consejo legislativo estatal o la Asamblea Nacional),” lo que a juicio de la Sala era diferente “por sus propios objetivos” que para “la conformación de un cuerpo o convención constituyente.” En este caso, a criterio de la Sala las normas que regulan esta materia “están contenidas en las Bases Comiciales que corresponde presentarlas al convocante,” que fueron “objeto de recursos jurisdiccionales y del control del Consejo Nacional Electoral, lo cual se ha dado en similares términos en la presente oportunidad.” Y nada más

Cuarto: “d) La falta de consulta popular de las Bases Comiciales, por oposición a la consulta por vía “referendaria” de las mismas en el proceso constituyente de 1999.”

Sobre esta denuncia, la Sala simplemente ratificó “lo decidido en relación con el recurso de interpretación de los artículos 347 y 348 constitucionales, en su decisión 378/2017, por lo cual resulta inoficiosa pronunciarse de nuevo sobre este punto. Así se declara.”

Quinto: “e) *Usurpación de la soberanía popular por la soberanía territorial, al contemplar las bases comiciales inconstitucionales que los constituyentes territoriales representarán a los municipios y no a los ciudadanos.*”

En lo referente a esta denuncia la Sala al ratificar que conforme al artículo 5 de la Constitución, el pueblo, titular de la soberanía, la ejerce tanto en forma indirecta, “mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público,” como en forma directa “mediante los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía,” que se mencionan en el artículo 70 constitucional agregando respecto de “los mecanismos de ejercicio directo de la soberanía [que aún cuando] no exigen en principio el mecanismo del sufragio, en algunos casos es necesario utilizar los comicios, normalmente universales, directos y secretos, en virtud del carácter masivo de algunas comunidades.”

Luego agregó la Sala, que estimaba imprescindible advertir:

“que, en la democracia directa, que implica la organización de grupos humanos según su especialidad laboral, profesional, su condición social, la necesidad de su especificidad étnica o cultural o la especial protección que requiere una discapacidad física, motora o etaria; hace que el convocante pueda y/o deba resaltar tales circunstancias para que su participación y sus derechos no se “pierdan” en la masa.”

Respecto del Estado federal, la Sala Constitucional reiteró su apreciación de que era de carácter particular, a cuyo efecto la Constitución, “al haber eliminado el Senado, ha instrumentado mecanismos para así asegurar en lo posible la igualdad de las entidades territoriales al margen del elemento cuantitativo de la población,” lo que no es cierto, argumentando que el artículo 168 constitucional pauta que “cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas” sin tener nada “que ver con la base poblacional” de los Estados, concluyendo que las bases comiciales establecieron “un mecanismo eleccionario” particular que pretende una integración de la Asamblea Nacional Constituyente que además de asegurar la personalización del sufragio: “garantice una adecuada representación territorial, a los fines de incorporar efectivamente a cada uno de los municipios que integran la República, en atención a su condición de “unidad política primaria de la organización nacional” (artículo 168 *eiusdem*).

Concluyó la Sala afirmando que, en el caso de la Asamblea Constituyente, lo que se ha buscado en las bases comiciales es “la personalización del sufragio y la representación nacional”, a través de la unidad política fundamental: el municipio.

Y en cuanto a la “representación sectorial” prevista en las bases comiciales, se limitó a indicar que:

“está en la base de la democracia directa, contemplada en la Constitución y desarrollada por el legislador (ver sentencia N° 355 del 16 de mayo de 2017). Así se declara.”

Por supuesto, todas afirmaciones a la ligera sin fundamento ni explicación, y no creíbles, cuando es bien sabido que las Leyes sobre los órganos del Poder Popular han ignorado al Municipio y han establecido en contra de la Constitución que la unidad política primaria son los Consejos Comunales y no los municipios. **Sexto:** “*f) Desconocimiento del principio de organización comicial en representación proporcional a la población en base federal y su sustitución por representación territorial municipal.*”

Sobre esta denuncia, la Sala Constitucional estimó que en materia de convocatoria de una Asamblea Constituyente, sin consultar al pueblo, “el convocante de la Constituyente tiene la libertad de proponer las “Bases Comiciales,” como estime, recurriendo a un absurdo temporal y es afirmar que se aplica el “principio del paralelismo de las formas (en lo que respecta al proceso constituyente de 1999)” cuando aquél proceso se hizo al margen de la Constitución de 1961 y este convocado inconstitucionalmente en 2017 se hace supuestamente siguiendo lo pautado en la Constitución de 1999.

A juicio de la Sala Constitucional, antes de la elección de los constituyentistas lo único que debe verificarse es que las bases comiciales no traspasen los límites contenidos en el artículo 350 de la Constitución, en particular para asegurar:

“la adecuada representación territorial, para que todos los municipios tengan voz y voto y el resultado de la Asamblea no implique la imposición de unos pocos estados cuantitativamente mayoritarios; la participación de sectores representativos de los cuerpos sociales que hagan realidad la democracia directa y los medios de participación y protagonismo del pueblo y de sus integrantes individuales (participación territorial) y comunitarios (participación sectorial).”

Y así, la Sala simplemente dio por buena la representación de los territorios de los municipios y de sectores arbitrariamente definidos, y no de la población que en definitiva es el pueblo (representación poblacional), en una Asamblea Constituyente nada más y nada menos que para reformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución.

Séptimo: “*g) Vicios de desfiguración del principio constitucional de la universalidad del sufragio al contemplar la representación sectorial.*”

Sobre esto, en la sentencia la Sala Constitucional consideró que las “Bases Comiciales” respetaban “el concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto, “al facultar “la presencia privilegiada de sectores sociales cuyo protagonismo ha sido destacado por el legislador, en particular a través de las leyes del poder popular,” indicando por último que la escogencia de los constituyentistas debe hacerse “en el ámbito territorial y sectorial, mediante el voto universal, directo y secreto” no habiendo a juicio de la sala, “violación alguna del principio constitucional del sufragio.”

Y eso fue todo lo resuelto en la sentencia.

Las bases comiciales formuladas por el Presidente de la República, usurpando la voluntad popular misma, al contrario de lo sostenido por la Sala Constitucional, son violatorias de la Constitución, primero por usurpación de autoridad del pueblo, pues solo el pueblo es el que puede aprobar las bases comiciales para elegir los constituyentes, y siendo la Asamblea Nacional Constituyente un órgano del pueblo, tiene que representar al pueblo de Venezuela en su conjunto. Para ello, el sistema de elección de los constituyentes tiene que asegurar la representación de todo el pueblo, y no hay otra forma de determinar el pueblo que no sea por el número de habitantes, lo que excluye fórmulas de representación territorial, como la “representación de municipios” independientemente de su población; y de “representación sectorial” arbitrariamente establecida, cuando la única admitida en la Constitución es la representación de los pueblos indígenas.

En este caso, una vez más, la Sala Constitucional tenía instrucciones de cómo debía decidir de acuerdo a lo que había decretado el Presidente de la República, y nada más.

77. LA MUTACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, PARA CERCENARLE A LA ASAMBLEA NACIONAL SUS PODERES DE CONTROL POLÍTICO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS CONSECUENCIAS

Revista de Derecho Público, N° 151-152, julio-dic. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 371-292

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 2002 y de 2016, en las cuales se ha mutado la noción de “contratos de interés nacional” reduciéndolos a solo los suscritos por la República, a los efectos de evadir la autorización previa del órgano legislativo para la suscripción del contrato.*

Palabras Clave: *Contratos Públicos. Contratos de interés público nacional. Autorización Legislativa.*

Abstract: *This Paper analyzes two decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, in which the Tribunal has “mutated” the notion of “national public interest contracts,” reducing them to only those entered into by the Republic, in order to avoid the need for the Legislative authorization of the contracts.*

Key words: *Public contracts. Public National Interest Contracts Legislative authorization.*

I. DE NUEVO SOBRE LA NOCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS O CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO

La Constitución de Venezuela de 1999, en sus artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247, como la anterior de 1961, utiliza la expresión “contratos de interés público” y sus derivados, “contratos de interés público nacional,” “contratos de interés público estatal” y “contratos de interés público municipal,” como sinónimo de “contratos públicos” o “contratos del Estado,” lo que siempre ha exigido la necesidad de encuadrar dicha expresión en la doctrina del derecho administrativo, y en particular, en el derecho de los contratos administrativos, públicos o del Estado, en particular, en cuanto a la intervención contralora de la Asamblea nacional, autorizándolos o aprobándolos.¹

Dichos artículos de la Constitución, en los cuales se hace mención a los contratos de interés público en sus diversas vertientes (nacional, estatal y municipal), en efecto, son los siguientes:

Artículo 150. La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”.

¹ Nuestra primera aproximación al tema la hicimos en 1964 en el estudio: Allan R. Brewer-Carías, -La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos,- en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11.

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional: [...] 9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: [...] 14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.”

Sobre dichos contratos de interés público, en efecto, como antes hemos dicho, hemos considerado que la expresión abarca a “todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos –contratos inter-administrativos–) es una persona jurídica estatal,² es decir, que está integrada en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe. los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (pe. las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.”³

Estos contratos del Estado, hemos sostenido, “son los que han sido denominados en la Constitución como “contratos de interés público” (nacional, estatal o municipal), y en el pasado, en escasísimas leyes, algunos de ellos fueron denominados como “contratos administrativos,” agregando lo siguiente:

“La Constitución de 1999, como la ley suprema y principal fuente del derecho administrativo, en materia de contratos del Estado, en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título IV sobre el “Poder Público”, regula a los “contratos de interés público,” noción que en los artículos 150 y 151 se adoptó para identificar a los contratos suscritos por las entidades públicas, es decir, las personas jurídicas estatales, o las que integran el sector público y que en general se engloban en la noción de “Estado.” Esa noción de contratos de interés público puede considerarse como equivalente a las nociones de *contratos públicos*,⁴ *contratos del Estado*,⁵ o *contratos de la Administración*,⁶ o a la noción en inglés de *Public Contract*,⁷ a la francesa de *contrats de l’administration*,⁸ a la italiana de *contratti della pubblica amministrazione*,⁹ o a la portuguesa de *contratos*

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999,” en *Derecho Público Contemporáneo: Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

³ Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los Contratos del Estado en Venezuela,” en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad)*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252. Dicho estudio tuvo su origen en la Ponencia elaborada para el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, paralelo al IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina, septiembre 2010, para cuya redacción, partimos de otros escritos, entre ellos, “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías. Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, N° 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación,” en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, Caracas 2009, pp. 13 ss.

⁴ Véase Sabino Álvarez Guendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934.

⁵ Véase Jorge Enrique Romero Pérez, *Los contratos del Estado*, San José Costa Rica, 1993.

⁶ Véase Ivano Pérez Vives, *De los contratos de la Administración*, Bogotá, 1984.

⁷ Véase Marco D’Alberty, *I -Public contracts- nell’esperienza Britanica*, Napoli, 1984.

⁸ Véase André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 vols., Paris, 1956.

⁹ Véase Francesco di Renzo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; Francesco Paolo Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d’America*, Padova, 1974.

de administração pública;¹⁰ todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, es decir, un órgano de la Administración Pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen fines de interés público.”¹¹

Esa, por lo demás, como fue la intención de la propuesta que formulamos respecto de la norma del artículo 150 en la Asamblea Nacional Constituyente durante la elaboración de la Constitución de 1999,¹² a lo que nos referiremos más adelante.

Hemos agregado, además, que;

“En virtud de que Venezuela está organizada como un Estado federal (Art. 4, C.) con tres niveles de gobierno (nacional, estatal, municipal) (Art. 136 C.), la intención de la regulación de los “contratos de interés público” en el artículo 150 de la Constitución, que se clasifican en “contratos de interés público nacional”, “contratos de interés público estatal” y “contratos de interés público municipal”; fue referirse a los contratos suscritos, respectivamente, por entidades públicas nacionales, entidades públicas estatales y entidades públicas municipales¹³. En consecuencia, la intención de la regulación constitucional fue considerar como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales.”¹⁴

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, sin embargo, surgieron discusiones doctrinales sobre la noción de contratos de interés nacional, al considerar algunos autores que a la noción formal antes mencionada debía agregarse un a noción material sobre la “importancia” nacional del objeto de los contratos para poder ser calificados como tales contratos de “interés nacional.” Sobre esta discusión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hizo mención en su sentencia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),¹⁵ en la cual, al analizar la noción de contratos de interés nacional, recordó que:

“...la noción de contrato de interés público, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: ‘existe una expresión genérica –la de contratos de interés público– que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estatal o municipal’ (‘Contratos de Interés Nacional’, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117).

¹⁰ Véase Juárez de Oliveira, *Licitações e Contratos de Administração Pública*, Sao Paulo 1993.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre los contratos del Estado en Venezuela,- en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173 y ss.

¹³ Véase en general, Jesús Caballero Ortiz, -Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999-, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús Caballero Ortiz, -*Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?*-, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1765-1777; Allan R. Brewer-Carías, -Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa- en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36.

¹⁴ Sobre ello, por lo demás, vigente la Constitución de 1961, de nuevo en 1992 reiteramos en que -no hay complicación alguna en señalar que contrato de interés público, en la Constitución, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público.- Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

¹⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (*Cfr. Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 1996, p. 321).

Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél (*Cfr. Allan R. Brewer Carías, Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187), mientras que otro sector, apartándose de las interpretaciones precedentes, y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas ‘grandes contrataciones’ susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (*Cfr. José Melich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas, 1981, p. 61).

Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuírsele que la noción de contrato de interés público, que la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc (*Cfr. Gonzalo Pérez Luciani, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”, en Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).

La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.”¹⁶

Sin embargo, esa relación género especie a la que nos hemos referido, que desglosa a los contratos de interés público en contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal, si bien apunta a contratos celebrados en los tres niveles territoriales del Poder Público, no implica que solo se refieran a los celebrados respectivamente por “la República, los Estados o los Municipios,” sino que en realidad se refieren a los celebrados en los tres niveles territoriales por los sujetos de derecho estatales que en cada uno existen, y que además de República, los Estados o los Municipios, son los institutos autónomos y las empresas del Estado que existan en cada uno de esos niveles, y que forman la Administración descentralizada en los mismos.

Ello es así, además, porque, en definitiva, en el derecho administrativo contemporáneo, lo más normal y común es que quienes por parte del Estado celebran contratos públicos son los entes descentralizados, siendo más bien la excepción que sean directamente República, los Estados o los Municipios.

II. EL SENTIDO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO” Y A LOS “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” Y A LA APROBACIÓN Y AUTORIZACIÓN PARLAMENTARIA

El anterior, además, estimamos que es el sentido de las previsiones de la Constitución. Así resulta del primer artículo de la Constitución que trata sobre el tema de los contratos de interés público, que como se indicó es el artículo 150, en el cual se precisó que la celebración de los contratos de interés público nacional solo “requerirá la *aprobación* de la Asamblea Nacional *en los casos que determine la ley*; y que la celebración de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” siempre requerirá de “la *aprobación* de la Asamblea Nacional.”

¹⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>.

De esta previsión constitucional se derivan, en nuestro criterio, que conforme al sistema constitucional de distribución vertical o territorial del Poder Público entre “el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (art. 136) existen como hemos dicho, tres categorías de “contratos de interés público”: los “contratos de interés público municipal,” los “contratos de interés público estatal,” y los “contratos de interés público nacional.” Algunas normas constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional,¹⁷ y otras se aplican en cambio a los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal.¹⁸

Lo anterior implica, *primero*, que, respecto de esos contratos de interés público, la Constitución siguiendo una larga tradición que se remonta a fines del siglo XIX, estableció un régimen de control parlamentario respecto de la celebración de dichos contratos, y que en relación con los “contratos de interés público nacional,” conforme al artículo 150 de la Constitución, solo deben someterse a la aprobación de la Asamblea Nacional “en los casos que determine la ley.”

Ello implica que, de acuerdo con la Constitución de 1999, tiene que haber una ley que expresamente indique que determinados contratos deben ser sometido a aprobación legislativa para que ello sea exigido, habiéndose puesto así fin, en la Constitución de 1999, a las discusiones que en el pasado existieron en el país sobre cuándo la intervención parlamentaria era necesaria. En consecuencia, de acuerdo con la norma constitucional, los contratos de interés público estatal o municipal en ningún caso requieren aprobación por la Asamblea Nacional, y en cuanto a los contratos de interés público nacional solo lo requieren, cuando lo determine expresamente una ley.

En tal sentido, por ejemplo, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece respecto de los contratos de interés público de asociación para “la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias,” que los mismos están sujetos a la *aprobación previa de la Asamblea Nacional*, “a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República.”¹⁹

Y segundo que aparte de los casos de aprobación de los contratos de interés público nacional por parte de la Asamblea Nacional en los *casos determinados en la ley*, la Constitución también exige que en todo caso de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” que vayan a celebrarse con “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” o cuando vayan a traspasarse a ellos, los mismos deben someterse a la “aprobación de la Asamblea Nacional,” sin necesidad, en este caso, de que deba haber alguna ley que lo exija.

De lo anterior resulta entonces, específicamente en cuanto a la intervención del órgano legislativo en materia de celebración de “contratos de interés público,” que la Constitución distingue tres supuestos:

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 247 de la Constitución mencionado, que dispone que -La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.- Esta previsión es aplicable solo en el caso de contratos de interés público nacional.-

¹⁸ La otra norma que emplea la expresión de contratos de interés público es el artículo 151 de la Constitución, en el cual como se indicó, dispone que: -En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.- La previsión es aplicable a todos los contratos de interés público, sea que sean -contratos de interés público municipal, estatal o nacional.-

¹⁹ Esta norma fue inconstitucionalmente cambiada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, asumiendo, la propia Sala, la competencia para otorgar dicha autorización previa, en la polémica sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, al decidir un recurso de interpretación que habían intentado el día anterior, el 28 de marzo de 2017, los apoderados de la Corporación Venezolana del Petróleo, SA (CVP), empresa filial de Petróleos de Venezuela, S.A. PDVSA, referido específicamente al artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, -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), New York, 30 de marzo de 2017, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpaci%C3%B3n-definitiva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf>

Primero, la aprobación por la Asamblea Nacional solo es necesaria respecto de “contratos de interés público nacional,” en los casos en los cuales así expresamente lo determine una ley, e independientemente del criterio que se utilice para la definición;

Segundo, la aprobación por la Asamblea Nacional, en todo caso, de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” cuando la contraparte del contrato sea “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela,” y

Tercero, igualmente la aprobación de la Asamblea Nacional es necesaria en todo caso de “contratos de interés público municipal, estatal o nacional” ya suscritos, cuando vayan a traspasarse a “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Ahora bien, en relación con estos tres supuestos de intervención legislativa en materia de control parlamentario respecto de contratos de interés público, como se ha indicado, además de los casos de “aprobación” parlamentaria a que se refiere el artículo 150 de la Constitución, se debe destacar que el artículo 187.9 de la misma Constitución, también se refiere al tema, pero utilizando la expresión “autorizar” en lugar de “aprobar,” al disponer entre las competencias de la Asamblea Nacional está la de:

“9. *Autorizar* al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. *Autorizar* los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

Del uso indiscriminado de las expresiones “aprobar” y “autorizar” y teniendo en cuenta que conforme a principios generales de derecho, la acción de aprobar es un mecanismo de control *a posteriori*, y en cambio, la acción de autorizar es un mecanismo de control *a priori*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la misma sentencia N° 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*) dilucidó el tema en cuanto a lo previsto en los dos mencionados artículos 150 y 187.9 de la Constitución, sentando como criterio que en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional cuando así lo determine la ley, la “aprobación” a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con posterioridad a la suscripción del contrato; en cambio, en los casos de control parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional que vayan a suscribirse con Estados o empresas extranjeras no domiciliadas en el país, la “autorización” a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con anterioridad a la suscripción del contrato. La Sala en efecto argumentó como sigue:

“En el encabezado y en el primer aparte del artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagraron dos supuestos de hecho distintos, que dan lugar a dos mecanismos de control por parte de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público nacional celebrados por el Ejecutivo Nacional, correspondiendo el primero de ellos al ejercido por el órgano legislativo nacional *con posterioridad a la celebración del contrato –como condición de eficacia de la contratación– sólo en aquellos casos en que expresamente lo determine la ley;* y el segundo, al ejercido por el órgano legislativo nacional *con anterioridad a la celebración del contrato –como condición de validez de la contratación– en todos aquellos casos en que la República (así como los Estados y Municipios) a través del Ejecutivo Nacional, suscriba contratos con Estados, entidades oficiales extranjeras y sociedades no domiciliadas en Venezuela.*”²⁰

Es decir, concluyó la Sala que en el segundo caso:

“en virtud de la expresión “no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional...” contenida en la primera de las referidas disposiciones constitucionales (artículo 150), debe concluirse que este segundo mecanismo de control consiste en una autorización que debe ser otorgada en forma previa a la celebración del contrato de interés público nacional, estatal o municipal por el órgano legislativo nacional, al efecto de que la contratación a celebrar pueda reconocerse como válida, de acuerdo con la Constitución.”²¹

²⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

²¹ *Idem.* La Sala, en este punto citó lo expuesto por Jesús Caballero Ortíz: -si el contrato no puede celebrarse, evidentemente, se trata de una autorización, de una *condicio iuris* para su validez, y el texto mismo de la norma confirma que se trata de un acto previo, pues -insistimos- el contrato «no podrá celebrarse». Entonces, la disposición contenida en el artículo 187, numeral 9 es la que debe prevalecer y aparece correctamente redactada: corresponde a la Asamblea Nacional autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional y autorizar los contratos de interés

III. EL COMIENZO DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL Y EL TEMA DE LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la antes referida sentencia N° 2241 de 24 de septiembre de 2002 Caso: *Andrés Velásquez y otros, nulidad parcial artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector Público*), sin embargo, aparte al precisar cuándo se requiere de una autorización y cuándo de una aprobación en materia de control parlamentario sobre los contratos de interés nacional, lamentablemente y sin que ello fuera necesario para resolver el *thema decidendum*, que era –como se verá más adelante– la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, comenzó el inconveniente proceso de restricción sobre la noción de contratos de interés nacional, expresando su criterio de que con las previsiones de la Constitución de 1999 se:

“eliminó la distinción que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 establecía entre contratos de interés público y contratos de interés nacional, por cuanto de la letra misma de los artículos 150 y 187, numeral 9, antes citados, se evidencia la adopción por el constituyente de la categoría genérica “contratos de interés público,” de la cual serían especies las de contratos de interés público “nacional, “estadal” y “municipal”, siendo así irrelevante en el presente caso entrar a examinar las distinciones o similitudes que en el pasado pudieran haberse formulado entre nociones jurídicas que, en la actualidad, se encuentran debidamente formuladas por el Texto Constitucional;”

agregando, sin embargo, que:

“La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961,²² entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estadal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.”²³

En realidad, lo determinante en la Constitución para identificar los contratos de interés público no es la participación de la República, de los Estados o de los Municipios, sino que lo determinante es la participación de las personas estatales de derecho público o de derecho privado de los tres niveles territoriales, y que además de la República, los Estados o los Municipios, son, por ejemplo, los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales.

Sin embargo, la Sala Constitucional, haciendo referencia de nuevo a las discusiones doctrinales que había habido en el pasado sobre la distinción entre contratos de interés público y contratos de interés público nacional, en la misma sentencia procedió a elaborar un marco definitorio de los “contratos de interés público” y de los “contratos de interés público nacional,” de carácter restrictivo, indicando que “son subsu-mibles” en el género de los contratos de interés público “todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estadal o municipal,” y que:

“estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en

municipal, estadal y nacional con Estado o entidades nacional extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.- Véase, Jesús Caballero Ortiz, -Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999,- en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, TSJ, Caracas, 2001, p. 147.

²² Véase por ejemplo, lo expuesto antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre otros, por: Allan R. Brewer-Carías, -La formación de la voluntad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos,- en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 28, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pp. 61-11; -Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 306; Eloy Lares Martínez, -Contratos de Interés Nacional,- en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117; José Melich Orsini, -La Noción de Contrato de Interés Público,- en *Revista de Derecho Público* N° 7, Caracas, 1981, p. 61; Allan R. Brewer-Carías, -Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa- en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas, 1982, pp. 40-54; Allan R. Brewer Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187; Gonzalo Pérez Luciani, -Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público,- en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103; Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1992, pp. 28-36; Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Caracas, 1999, p. 173.

²³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.”

Toda esta precisión terminológica que se hizo en la sentencia, y la restricción de la noción de los contratos de interés público, a los solos celebrados por la República, los Estados y los Municipios, excluyendo de la calificación a los celebrados por los institutos autónomos y las empresas del Estado, con lo cual la noción de contrato de interés público pasó a ser solo una categoría de los contratos públicos, en realidad no tenía ninguna justificación o necesidad de ser establecida para resolver lo que se había demandado, que era solo la nulidad del último párrafo del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público porque, como se comenta de seguidas, permitía que se pudieran celebrar contratos de interés público con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, sin la autorización previa de la Asamblea Nacional; y lo único que originó fue confusión, pues con la inconveniente definición restrictiva que dio la Sala, los contratos de interés nacional quedaron reducidos a los celebrados solo por la “República,” excluyéndose de dicha categoría de contratos de interés público nacional, a los que puedan celebrar las entidades descentralizadas, como los institutos autónomos y empresas del Estado, los cuales, por lo demás, en la mayoría de los casos son los más importantes, siendo casi excepcional que los grandes contratos del Estado se firmen directamente por el Ejecutivo Nacional, teniendo como contraparte a la República. Piénsese solo en el campo de la industria nacionalizada más importante del país, que es la actividad más importante del Estado, que es la industria petrolera, en la cual todos los contratos se celebran de parte del Estado, por Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en tal carácter de empresas del Estado nacionales. Sin embargo, conforme al criterio restrictivo adoptado por la Sala Constitucional, esos contratos no serían “contratos de interés público nacional lo que no tiene mayor sentido en derecho administrativo.

En todo caso, sobre la innecesaria y restrictiva definición adoptada por la Sala Constitucional, en su momento advertimos que la misma excluía “de la denominación a los contratos públicos suscritos por los institutos autónomos o empresas del Estado; doctrina que no compartimos,” indicando que:

“Al contrario, en nuestro criterio, los contratos suscritos por ejemplo por institutos autónomos o empresas del Estado nacionales, tienen que ser considerados como “contratos de interés público nacional” conforme al artículo 150 constitucional. Lo contrario no tiene sentido, y conduciría a considerar de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que, por ejemplo, un contrato suscrito por Petróleos de Venezuela (PDVSA) no podría considerarse como un contrato de interés público nacional, lo que, insistimos, no tiene sentido alguno. A pesar de esa errada doctrina, sin embargo, y sin duda, ese contrato es un contrato de interés público, es decir, es un contrato público nacional suscrito por una entidad pública estatal, en particular, una empresa del Estado o persona jurídica de derecho privado estatal.”²⁴

En todo caso, y a los efectos de dejar clarificado lo resuelto en la sentencia N° 2241 de 24 de septiembre de 2002, hay que insistir en que lo que se discutió fue la nulidad de la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público vigente para ese momento, pero no en relación con alguna supuesta aprobación parlamentaria de cada contrato de crédito público como contrato de interés público nacional, como había ocurrido en el pasado, lo que no se estableció en dicha la Ley Orgánica; sino en relación con el mecanismo de intervención parlamentaria previsto en dicha Ley Orgánica consistente en dos fases: primero, la sanción de una ley anual de endeudamiento conjuntamente con la sanción de la ley de presupuesto, y segundo, un sistema de información periódica –y no de autorización previa– por parte

²⁴ Véase en Allan R. Brewer-Carías, -Sobre los contratos del Estado en Venezuela-, en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252; -Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela-, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 449-479, y en *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, Círculo de Derecho Administrativo (CDA), Año 1, N° 2, Lima, diciembre 2006, pp. 46-69; y -Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación-, en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley de Contrataciones Públicas*, 2ª Edición Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 13 ss.

del Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional de las operaciones de crédito público. En dicha norma, en efecto, se estableció lo siguiente en su último aparte que:

Artículo 80. [...] Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional procederá a celebrar las operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional”

Este último párrafo del artículo fue el que fue demandado en nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, por los Sres. Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, por considerar que la norma violaba los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, al estimar que la misma facultaba “al Ejecutivo Nacional a realizar, sin necesidad de autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse, una vez sancionada la ley de endeudamiento anual,” aun cuando se tratara de contratos de crédito público celebrados con “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.”

En la sentencia, la Sala Constitucional consideró que:

“la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público únicamente puede autorizar al Ejecutivo Nacional a celebrar operaciones de crédito público mediante la sola aprobación de la Ley de Endeudamiento para el Ejercicio Fiscal respectivo, sin necesidad del control consagrado en los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando tales operaciones consistan en, por ejemplo, la emisión o colocación de títulos o la celebración de contratos de interés público nacional con sociedades domiciliadas en Venezuela, pero no cuando tales operaciones impliquen la celebración de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, pues en tales casos es ineludible la aplicación del sistema del control previo o autorización para la contratación por parte de la Asamblea Nacional.”

De ello, concluyó entonces la Sala, en su sentencia, anulando la última parte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, por considerar que mediante la misma, al no haberse fijado una excepción o referencia al control preceptivo (autorización) por parte de la Asamblea Nacional sobre la celebración por parte del Ejecutivo Nacional en el marco de operaciones de crédito público de contratos de interés público nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, sino en lugar de ello preverse “una autorización general mediante la aprobación de la Ley de Endeudamiento Anual y un régimen de información periódica a la Asamblea Nacional, resultó vulnerado el sentido, propósito y razón de las disposiciones constitucionales” contenidas en los artículos 150 y 187.9 de la Constitución.

Es decir, la Sala consideró que el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, contrariaba:

“en forma directa y manifiesta lo establecido en los artículos 150, primer aparte, y 187, numeral 9, segunda parte, de la Constitución, al no consagrar la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de requerir la autorización de la Asamblea Nacional para la celebración de contratos de interés público nacional, en el marco de operaciones de crédito público, *cuando dichos contratos sean celebrados con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela.*”

Y en consecuencia, como la norma citada, “una vez sancionada la Ley de Endeudamiento Anual, podía efectuar operaciones de crédito público que no implicaran la celebración de contratos de interés público nacional con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, las cuales son fundamentales para el normal funcionamiento de los órganos y entes que conforman el Estado,” la Sala anuló el párrafo impugnado del artículo 80 de la mencionada Ley, resolviendo que dicha norma a partir de la sentencia “quedó redactada” como sigue:

Artículo 80. [...]. Una vez sancionada la ley de endeudamiento anual, el Ejecutivo Nacional podrá celebrar operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informará periódicamente a la Asamblea Nacional, salvo aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional.”

Para llegar a esta conclusión, sin embargo, es evidente que no era necesario entrar en una disquisición, como la antes comentada, sobre la noción de contratos de interés nacional, que lo único que logró fue sembrar confusión, permitiendo que una década después se reforzara la definición restrictiva de los contratos de interés público nacional, con el propósito específico de reducir los poderes de control de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública, particularmente cuando a partir de 2016 ello se

convirtió en política de Estado, al haber pasado la Asamblea a estar controlada por la oposición. Como ello implicaba la posibilidad de que efectivamente el órgano legislativo comenzara a efectuar actividades de control político respecto de las acciones del gobierno y de la Administración Pública; lo que había dejado de realizar en la década precedente por el control mayoritario que desde 2005 el gobierno había ejercido respecto de la Asamblea, correspondió entonces al Tribunal Supremo, en combinación con el Poder Ejecutivo, anular a la Asamblea Nacional lo que calificamos como la implantación de una dictadura judicial.²⁵

IV. LA CONTINUACIÓN DE LA DEFINICIÓN RESTRICTIVA DE LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL ADOPTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN EL MARCO DE LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE LOS PODERES DE CONTROL DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Y fue precisamente en ese marco de activismo judicial restrictivo de las funciones de la Asamblea Nacional que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una nueva sentencia de definición restrictiva de los contratos de interés nacional, pero en este caso con el propósito específico de asegurar la exclusión del control parlamentario respecto de determinados contratos de préstamo celebrados por el Banco Central de Venezuela.

Como se trataba de una persona de derecho público que integra la Administración descentralizada, para el logro del objetivo, era necesario reducir de nuevo el ámbito de los contratos de interés público a los solo celebrados por las personas de derecho público territoriales (República, Estados y Municipios), excluyendo de la noción los contratos celebrados por las entidades descentralizadas, incluyendo las empresas del Estado, lo que en nuestro criterio seguía siendo contrario al sentido de lo regulado en la materia en la Constitución.

La Sala Constitucional, para lograr su objetivo, al conocer de recurso de interpretación constitucional de los mencionados artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución que había sido interpuesto por una ciudadana, el 8 de julio de 2016, en tiempo récord, luego de que el representante del banco Central presentase un escrito una semana después, el 14 de julio de 2016, unos días después admitió la demanda, y la decidió el mismo día, dictando la sentencia N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis, “Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución”*),²⁶ procediendo con la misma a confirmar la interpretación restrictiva que había dado sobre los contratos de interés nacional en la antes mencionada sentencia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*).²⁷

La Sala en efecto, en esta sentencia, argumentó que la noción de “contratos de interés público nacional” utilizada en los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución, había sido reducida en su aplicación a solos los contratos de interés público nacional *suscritos por la República*, directamente, excluyendo de tal calificación, todos los contratos suscritos por los diversos entes de la Administración Pública Nacional descentralizada, es decir, por los institutos autónomos y empresas del Estado, que como se ha dicho son la gran mayoría de los que se celebran en el mundo contemporáneo por entes del Estado; logrando con ello excluir específicamente de la necesidad de la aprobación parlamentaria prevista en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público para los contratos de deuda pública, a los contratos de préstamo suscritos por el Banco Central de Venezuela como persona de derecho público de rango constitucional, con entidades extranjeras.

El recurso de interpretación formulado, así como el escrito de adhesión al mismo que presentó el apoderado del Banco Central de Venezuela, en efecto tenía por objeto específico lograr que la Sala Constitucional decidiera que el Banco Central de Venezuela quedaba excluido del control parlamentario respecto de la firma de contratos de interés nacional que suscribiera, específicamente en materia de crédito público, así como del

²⁵ Véase en relación con todas las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cercenándole las funciones a la Asamblea nacional: Allan R. Brewer-Carías, *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; y. *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.

²⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

²⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

control jurídico que corresponde a la Procuraduría General de la República, respecto de dichos contratos de interés nacional conforme a la Constitución. La Sala, en efecto, concluyó su decisión afirmando que:

“el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, *no debe considerarse como un contrato de interés público nacional*, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Para decidir, la Sala declaró incluso inadmisibile el recurso de interpretación formulado por la abogado recurrente, por falta de legitimación, y en cambio admitió el escrito de adhesión del apoderado del Banco Central de Venezuela, donde argumentó en síntesis que “de manera indefectible” el artículo 150 de la Constitución no era aplicable al Banco Central y que:

“es falsa la afirmación que suele hacerse respecto a que la totalidad de contratos que impliquen de algún modo el endeudamiento de la nación por ser operaciones de crédito público, son susceptibles de catalogarse como contratos de interés público.”

Con la sentencia, sin embargo, a petición en definitiva del propio Banco Central de Venezuela, la Sala Constitucional, a los efectos de excluirlo del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional, lo que hizo fue reducir de nuevo los contratos de interés nacional regulados en las normas constitucionales a sólo los celebrados por la “República” llegando a afirmar que “con la entrada en vigencia del Texto Constitucional de 1999, no se indicó el sentido que debía atribuirsele a la noción de contrato de interés público nacional.”

V. SOBRE LAS RAZONES DE LA INCLUSIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL EN EL ARTÍCULO 150 EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU DESCONOCIMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

La anterior afirmación incluida en la sentencia de 2016, sin embargo, es sencillamente falsa, y lo que evidencia es que la Sala Constitucional, para “interpretar” la norma constitucional del artículo 150 no acudió a estudiar la primera de las fuentes de interpretación es este caso, que era la documentación que justificaba la propuesta misma de preservar e incluir esa norma en la Constitución, y así determinar la intención del constituyente.

Lo cierto es que a mí me correspondió, como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, proponer formalmente que se mantuviera en el texto en la Constitución de 1999, el del artículo 127 de la Constitución de 1961, y por tanto que se preservara e incluyera la misma previsión como artículo 150 de la nueva Constitución, confrontando, con ello, la propuesta que había formulado el Presidente Hugo Chávez, quien buscaba eliminar la norma y sustituirla por otra previsión menos protectiva de los intereses públicos.²⁸ En la propuesta que formulamos, específicamente sobre la noción de contrato de interés nacional, indicamos lo siguiente:

“En relación con el artículo 127 de la Constitución, ante todo, resulta necesario precisar qué ha de entenderse por contrato de interés público (Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, N° 11, Caracas 1982, p. 49 y ss.), a los efectos de determinar a cuáles se aplica esta cláusula.

La Constitución, en efecto, se refiere a la noción de contratos de interés público, en genérico, como sucede en el artículo 127; y aparte especifica las especies de contratos de interés público, al indicar que pueden ser de interés público nacional, de interés público estatal o de interés público municipal (art. 126).

La noción de interés público, por tanto, es de carácter genérico, en contraste con las especies (nacional, estatal o municipal), lo que resulta de la forma Federal del Estado conforme a la distribución vertical del Poder (nacional, estatal y municipal).

²⁸ Véase -Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula calvo en los contratos de interés público (Comunicación enviada a los presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-1999),- en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto /8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233

Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.

Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los Estados y por los Municipios, y por sus entes descentralizados de derecho público. Por lo demás, esta noción de interés público, que engloba los tres niveles territoriales, tiene relación con otros aspectos fundamentales del Derecho Público Venezolano, como el concepto de Estado o el de Poder Público.

De lo anterior resulta que contrato de interés público, en la Constitución de 1961, es todo contrato suscrito por los entes públicos territoriales, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, es decir, por la República, los Estados y los Municipios, y aún más, también, por los entes descentralizados de derecho público de esos tres niveles. Por tanto, un contrato suscrito por un instituto autónomo nacional, estatal o municipal, también puede considerarse como contrato de interés público.²⁹

Precisamente por esta noción amplia de contrato de interés público, la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 17 de agosto de 1999 (caso: *acción de nulidad del Acuerdo del Congreso estableciendo las condiciones de contratación de los contratos de la "Apertura Petrolera"*), dictada cuando estábamos en pleno debate en la Asamblea Nacional Constituyente, consideró a los contratos de la apertura petrolera celebrados por PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias, evidentemente, como contratos de interés público nacional.³⁰

Todo ello estaba acorde con lo que habíamos definido hace tiempo sobre el tema, al expresar:

“La expresión “interés nacional”, para calificar determinados contratos, sin duda constituye un concepto jurídico indeterminado o impreciso que, establecido en el texto constitucional, da amplio margen al legislador para determinar o precisar, discrecionalmente, su contenido. Por tanto, en definitiva, determinar con precisión qué es “interés nacional” (artículos 101 y 126), “interés público” (artículo 127), “conveniencia nacional” (artículo 97), “interés social” (artículos 96 y 105), “función social” (artículo 106), es una tarea que corresponde al legislador.

Por tanto, ante todo, un contrato será de “interés nacional” cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique expresamente, en los términos del artículo 126 de la Constitución, a un contrato “como de interés nacional”. Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional, y que podemos resumir como sigue:

1. Podría decirse, así, que contrato de interés nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estatal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés nacional aquellos que son de interés estatal o municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los Estados o de los Municipios, incluyendo los Institutos Autónomos y empresas del Estado de esas entidades político-territoriales. Esta parece ser la interpretación más directa respecto a lo que se entiende, en el artículo 126 de la Constitución, por “interés nacional”, contrapuesto a “interés estatal”, o “interés municipal”.

Todos los contratos de interés nacional, estatal o municipal, serían, por supuesto, contratos de “interés público” (artículo 127),³¹ en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV de la Constitución) comprende al Poder Nacional, a los Poderes de los Estados y al Poder Municipal.

De acuerdo a este criterio, los contratos celebrados por un Estado miembro de la Federación o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado estatales, o por un Municipio o sus Institutos Autónomos o empresas del Estado municipales, no serían contratos de interés nacional, en los términos del artículo 126 de la Constitución.

²⁹ *Ídem*. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos, N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 78.

³⁰ Véase el texto de la decisión de la Corte en Pleno de 17 de agosto de 1999 en Allan R. Brewer-Carías (Comp.), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, disponible en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004), pp. 280-328.

³¹ Véase Eloy Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Caracas 1981, p. 117.

En nuestro criterio, en ausencia de una precisión del legislador sobre qué ha de entenderse por “interés nacional”, la única interpretación que admite el texto constitucional para identificar los “contratos de interés nacional” son los que corresponden al ámbito nacional, por contraposición al estatal o municipal. Por eso, en principio, aquéllos requieren aprobación del Congreso (órgano que ejerce el Poder Legislativo Nacional) (Título V) y éstos no lo requieren. Los contratos de interés de los Estados o Municipios, por tanto, son contratos que no serían de interés nacional.”³²

Sin embargo, ignorando el sentido de la fundamentación de la propuesta formulada para que se incorporara en la Constitución la norma del artículo 150 que regula la materia, ya en la sentencia citada de la Sala Constitucional N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002, indicó falsamente que:

“la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal.”³³

Esta interpretación de la Sala Constitucional, adoptada de paso, como se dijo, al decidir sobre una demanda de nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público en la sentencia citada N° 2.241 del 3 de septiembre de 2002, en realidad fue contraria a intención de la regulación constitucional que fue, como lo hemos explicado, la de considerar “como contratos de interés público nacional, a aquellos concernientes al nivel nacional de gobierno (diferente a los niveles estatales y municipales de gobierno), porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales.”³⁴

Y en el mismo sentido en contra del sentido de las regulaciones constitucionales, e ignorando de nuevo lo que motivó la propuesta de inclusión de la norma del artículo 150 en la Constitución de 1999, la Sala Constitucional se pronunció en la sentencia N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis, Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución*), al resolver, sin realmente interpretar nada, si un contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela tenía planeado suscribir con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), debía o no considerarse como contrato de interés nacional y debía o no requerir de la autorización previa de la Asamblea Nacional, “precisó los elementos esenciales que imprimen a los contratos, el carácter de interés público nacional,” indicando que a su juicio eran los siguientes:

- “1. Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.
2. Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.
3. Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.
4. Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación.”³⁵

³² Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

³³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre los Contratos del Estado en Venezuela,- en *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos Administrativos, Servicios públicos, Acto administrativo y procedimiento administrativo, Derecho administrativo ambiental, Limitaciones a la libertad)*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 2010, pp. 837-866; y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, N° 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

³⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

VI. LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE CONTRATOS DE INTERÉS NACIONAL CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

Con base en la anterior reiteración de criterios, al analizar el primero de los “elementos esenciales” que según la Sala Constitucional le imprimen a un contrato de interés público el carácter de contrato de interés público nacional, y es que sea suscrito solo por la República, la misma constató de acuerdo con las previsiones de la Constitución y de la Ley del Banco Central de Venezuela, sobre dicha institución, que dicho Banco Central de Venezuela:

“es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio, [...] dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara.”³⁶

No siendo la República la que iba a suscribir el contrato de préstamo en cuestión, sino el Banco Central de Venezuela, la Sala constitucional, sobre si el contrato de préstamo que tenía previsto suscribir esta institución estaba o no exceptuado de la autorización parlamentaria para las operaciones de crédito público (art. 101, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público), la misma consideró entonces que resultaba “forzoso concluir” que dicha institución “no requiere de autorización para realizar operaciones de crédito público.” Y en cuanto al contrato de préstamo a celebrarse con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), la Sala concluyó que:

“se realiza en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por La República Bolivariana de Venezuela (Ley Aprobatoria del Convenio para el Establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 34.172 del 6 de marzo de 1989) y en consecuencia, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”³⁷

De nuevo, siendo el objetivo de la demanda de interpretación el excluir del control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional al contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela suscribiría con Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) creado por un Convenio internacional que había sido aprobado mediante Ley, la verdad es que tampoco se requería volver a definir en forma restrictiva a los contratos de interés público nacional en su sentencia.

En realidad, con todo ello, en relación con la noción de contratos de interés nacional, lo que hizo la Sala Constitucional fue sentar las bases para definitivamente vaciar dicha noción de contenido, reduciéndola a ser aplicada solo a los contratos suscritos directamente por la República, es decir, por el Presidente de la República o los Ministros directamente. Por ello, refiriéndose al control de la Asamblea Nacional sobre los contratos públicos, la Sala argumentó que:

“Las disposiciones constitucionales transcritas definen la potestad de control que tiene la Asamblea Nacional, sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional, cuya celebración estará supeditada, en los casos que establezca la Ley, a la autorización que debe otorgar el referido cuerpo legislativo nacional.”

Con esta sentencia, en definitiva, la noción de contrato de interés nacional en cuanto a las funciones de control por parte de la Asamblea Nacional, perdió totalmente de sentido, pues como es bien sabido, el grueso de los contratos del Estado que se celebran, precisamente, se hacen a través de las entidades descentralizadas del Estado.

Por tanto, al analizar “el potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR),” sobre si “pudiera considerarse como un contrato de interés público nacional, y, por ende, sujeto a la aprobación de la Asamblea Nacional y que requiera la

³⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

³⁷ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

consulta a la Procuraduría General de la República,” la Sala consideró que se debían “configurar concomitantemente los elementos para calificarlo como de interés público nacional,” sentados en la sentencia mencionada de 2002. En consecuencia, como el mencionado “potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR),” no iba a ser celebrado por “*la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia,*” sino por el Banco Central, entonces, la Sala simplemente concluyó que no era un contrato de interés público nacional.

Y ello, particularmente porque se iba a celebrar por el Banco Central de Venezuela que era “una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional, con patrimonio propio” que, además, en criterio de la Sala:

“no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas. Así se declara.”

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, estando al servicio del Poder Ejecutivo Nacional como lo ha estado en los últimos lustros, no sólo minimizó todo tipo de control de la Asamblea Nacional sobre el Banco Central de Venezuela al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la ley reguladora de la institución en la sentencia N° 259 de 31 de marzo de 2016,³⁸ sino que con el objeto de coartar aún más las funciones de la Asamblea Nacional, y excluir los contratos de interés público nacional que celebre el Banco Central de cualquier posibilidad de control parlamentario conforme al artículo 150 de la Constitución, distorsionó en forma general una noción tan tradicional e importante del derecho administrativo como es la de contratos de interés nacional, vaciándola materialmente de todo contenido efectivo.

VII. CONCLUSIÓN: LAS INCONVENIENTES CONSECUENCIAS DE LA ELIMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CALIFICACIÓN COMO “CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL” DE LOS SUSCRITOS POR LOS ENTES DESCENTRALIZADOS DEL ESTADO, EN PARTICULAR EL ABANDONO EN LOS MISMOS DEL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE LA LLAMADA “CLÁUSULA CALVO”

La más notoria consecuencia de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, antes citadas N° 618 de 20 de julio de 2016 (caso: *Brigitte Acosta Isis*, “*Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución*”),³⁹ y N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez, Anulación del artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público*),⁴⁰ al haber reducido la noción de “contratos de interés público” a solo los suscritos por la República, los Estados y los Municipios, y en consecuencia, al haber reducido la noción de “contratos de interés público nacional” a los suscritos solo por la República, es que respecto de los contratos públicos suscritos por los entes públicos nacionales descentralizados, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomo y las empresas del Estado, materialmente los artículos 150, 151, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución no tienen aplicación alguna respecto de los mismos:

Primero, respecto de lo establecido en el primer párrafo del artículo 150 y 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que la ley solo podría determinar la necesidad de la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los contratos de interés público nacional que son los suscritos por la República, y en particular, por el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 236.14 de la Constitución, pero respecto de dicho requisito podría incluso interpretarse que no podría ser exigido por ley,

³⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016-2016-0279>. HTML. Véanse los comentarios sobre dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -La sentencia de muerte de la Asamblea Nacional. El caso de la nulidad de la Ley de reforma del BCV. Marzo 2016,- en <http://www.allanbre-wercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Cotent/Brewer.%20La%20sentencia%20de%20muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf>.

³⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683>. HTML

⁴⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

respecto de los contratos públicos nacionales suscritos por los entes públicos descentralizados nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales.

Segundo, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 150 y en el 187.9, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, pueden suscribirse libremente con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, e incluso traspasarse a ellos sin que sea necesario obtener la autorización de la Asamblea Nacional.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 151, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que en los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los el Banco Central de Venezuela, institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no se considerará incorporada una cláusula, como sí se exige respecto de los contratos de interés público, incluyendo los de interés público nacional, “de acuerdo con la naturaleza de los mismos,” y “aun cuando no estuviere expresa,” conforme a la cual, “las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

Ello significa que respecto de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales, como son los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, en los mismos puede establecerse libremente que el derecho que les es aplicables es algún derecho extranjero y que la jurisdicción aplicable puede ser la de los tribunales de cualquier otro Estado o la de tribunales arbitrales.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 247, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial señalada es que para la celebración de los contratos públicos que suscriban los entes públicos nacionales descentralizados, como son el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos, y las empresas del Estado como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, no tiene que ser consultado el Procurador General de la República, pues de acuerdo a esa norma, solo es necesaria dicha consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional, que de acuerdo con la sala Constitucional son los que celebre la República.

Ahora de las anteriores tres consecuencias derivadas de la interpretación jurisprudencial restrictiva establecida en las sentencias comentadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2144 de 2002 y N° 618 de 2016 sobre la noción de contratos de interés nacional, quizás la segunda es la más catastrófica en materia de principios del derecho administrativo venezolano relativos a los contratos públicos o contratos del Estado; pues significa el abandono total de los principios más tradicionales de nuestro derecho público en la materia, como son, específicamente, los de la competencia de los tribunales nacionales y de la aplicación de la ley nacional para la solución de controversias derivados de los mismos, y el de la llamada “Cláusula Calvo,” por lo que se refiere a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado.

En efecto, en primer lugar, la errada e inconveniente interpretación jurisprudencial implica que, en dichos contratos celebrados por entes descentralizados en los tres niveles territoriales del Estado, ya no debe considerarse constitucionalmente inserta tácitamente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, la cláusula prevista en el artículo 151 de la Constitución, cuyo objeto es, primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos debe someterse a la Ley Venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los Tribunales Venezolanos, todo lo cual deriva del principio universal del derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros.⁴¹

La cláusula del artículo 151 de la Constitución venezolana, sin embargo, desde el ángulo de la inmunidad jurisdiccional, se aparta del carácter absoluto tradicional, y encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa

⁴¹ Véase, Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, -Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,- en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, Caracas, 1982, pp. 213 y ss.

de jurisdicción” de acuerdo con la naturaleza de los contratos y, además, se extiende además de a la República, a los entes públicos nacionales del Estado.⁴²

El origen de esta cláusula, en el sistema constitucional venezolano, se remonta a la Constitución de 1892, en la cual se estableció lo que puede calificarse como el principio de la inmunidad absoluta, al disponer que:

Artículo 149. En todo contrato de interés público, se establecerá la cláusula, de que “las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República.

De acuerdo a esta norma del Texto Fundamental de 1893 la fórmula era distinta al texto vigente: primero, proveía la inmunidad absoluta, y segundo, prescribía la obligación de que en todo contrato de interés público se debía incorporar la cláusula, lo que difiere del sistema de la Constitución de 1999, que lo que dispone es que la cláusula se entiende tácitamente incorporada a los contratos. Aquél principio de inmunidad absoluta se cambió a partir de la Constitución de 1947 (art. 108), en la cual se lo sustituyó por un sistema de inmunidad relativa, al indicarse que la cláusula se considera incorporada en los contratos “si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos;” y, además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aun cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato de interés público que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada.

Sin embargo, toda esta elaboración, que concluyó con la previsión en la Constitución de 1999 aplicable a los contratos de interés público nacional (art. 151), ha sido puesta de lado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en relación con los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, a los cuales la Sala no se aplica.

Pero además, en segundo lugar, conforme a la interpretación de la Sala Constitucional, lo más grave es que tampoco la llamada “Cláusula Calvo” se aplica a los contratos públicos celebrados por los entes descentralizados del Estado, por ejemplo, el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales; conforme a la cual por ningún motivo ni causa la ejecución de esos contratos puede dar origen a reclamaciones extranjeras, tal como lo establece el mismo artículo 151 de la Constitución.

El origen de esta cláusula también se remonta a la Constitución de 1893 (art. 149) en la cual, al regularse los contratos de interés público se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales, ratificando la improcedencia de reclamaciones diplomáticas contra el Estado Venezolano por parte de Estados extranjeros actuando por cuenta de súbditos extranjeros, los cuales hallándose en las mismas condiciones que los nacionales, si tienen alguna reclamación deben acudir únicamente ante los órganos locales cuando se puedan considerar lesionados. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que pudieran surgir entre partes contratantes en la cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Como se sabe, la denominación de “Cláusula Calvo”, derivó de la exposición que hizo Carlos Calvo, en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, editado inicialmente en 1868,⁴³ en el cual, después de estudiar la intervención franco-inglesa en el Río de La Plata y la intervención francesa en México, expresó lo siguiente:

“Además de móviles políticos, las intervenciones han tenido siempre por pretexto aparente lesiones a intereses privados, reclamaciones y pedidos de indemnizaciones pecuniarias a favor de extranjeros cuya protección no era justificada la mayoría de las veces. Según el derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los otros Estados del Nuevo Mundo.”⁴⁴

⁴² Véase en general, Ian Sinclair, -The Law of Sovereign Immunity. Recent Development-, Académie Internationale de Droit Comparé, *Recueil des Cours*, 1980, Vol. II, La Haya, 1981, pp. 201 y ss.

⁴³ Véase Carlos Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique*, París, 1887.

⁴⁴ Véase la cita en L. A. Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Buenos Aires, 1955, pp. 445 y 446.

Incluso, la propia “Cláusula Calvo” influyó en la concepción de la llamada Doctrina Drago formulada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, quien, ante medidas de fuerza adoptadas por Alemania, Gran Bretaña e Italia contra Venezuela, formuló su tesis denegatoria del cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados.⁴⁵

Por ello, cuando propusimos que se mantuviera la norma del artículo 127 en la Constitución (ahora artículo 151) estimamos que “la *Cláusula Calvo* debe ser obligatoria en los contratos que celebre la República y los demás entes de derecho público, conforme a nuestra tradición constitucional, y debe mantenerse en la nueva Constitución.”⁴⁶

⁴⁵ Véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Caracas 1999, pp. 173.

78. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE vs. LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA (JUNIO-AGOSTO 2017)

Revista de Derecho Público, N° 151-152, julio-dic. 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 407-423

Resumen: *Este Comentario se refiere a las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo durante los meses de junio a agosto de 2017, en contra de la Fiscal General de la República, provocando su huida del país.*

Palabra Clave: *Fiscal General de la República. Asamblea Nacional Constituyente.*

Abstract: *This Paper analyzes the role of the National Constituent Assembly and of the Constitutional Chamber at the Supreme Tribunal of Justice, against the Prosecutor General of the Republic, provoking her escape from the country.*

Key words: *Prosecutor General of the Republic. National Constituent Assembly.*

I. EL PRIMER SABLAZO JUDICIAL CONTRA LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA: LA ANULACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA DESIGNACIÓN DEL VICE-FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA USURPACIÓN DE LOS PODRES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Una de las últimas usurpaciones de autoridad que ocurrió en Venezuela antes de que la Asamblea Nacional Constituyente entrara en funcionamiento, lo perpetró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar nula, *sin juicio ni proceso de nulidad alguno*, la designación hecha por la Fiscal General de la República del Vice-Fiscal del organismo; disponer que dicha designación debía ser sometida a la Sala Constitucional en lugar de a la Asamblea Nacional, y finalmente, decidir la asunción directamente del nombramiento de dicho funcionario, violando la Constitución.

Debe recordarse que la Fiscal General de la República, el Vice-Fiscal y el Director General de Actuación Procesal del organismo habían solicitado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la declaración de nulidad del el Decreto N° 2.878, del 23 de mayo de 2017, mediante el cual el Presidente de la República estableció las “Bases Comiciales” para la Asamblea Nacional Constituyente que había convocado inconstitucionalmente y en fraude a la voluntad popular, mediante Decreto N° 2.830 de 1° de mayo de 2017.¹

La Sala Constitucional, mediante sentencia N° 470 de 27 de junio de 2017² declaró inadmisble el recurso de nulidad intentado, única y exclusivamente “por haber operado la cosa juzgada” en virtud de que la misma Sala ya había “juzgado sobre la constitucionalidad” del Decreto impugnado, al declarar sin lugar mediante

¹ Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2017.

² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/200380-470-27617-2017-17-0665.HTML>. Véase sobre esta sentencia: Allan R. Brewer-Carías, “La última usurpación: la Sala Constitucional vs. la Fiscalía General de la República. 28 de junio de 2017, en <http://allanbrewerca-rias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/163.-doc.-Brewer.-%C3%BA%ltima-usurpaci%C3%B3n-contra-FGR-1.pdf>

sentencia N° 455, del 12 de junio de 2017, el recurso de nulidad que había intentado contra el mismo el abogado Emilio J Urbina Mendoza.³

Sin embargo, la sentencia no quedó allí como procesalmente hubiese correspondido, sino que la Sala como paso previo procedió a juzgar *de oficio* sobre la validez del nombramiento de Rafael González Arias como Vice-Fiscal de la República, quien aparecía firmando el recurso de nulidad, quien solo aparecía firmando el recurso de nulidad, y quien había sido nombrado en carácter de “encargado” por la Fiscal General, conforme a sus competencias previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público,

La Sala Constitucional consideró que dicho Vice-Fiscal carecía de legitimación para actuar en el proceso, por considerar ilegal su designación (a pesar de su carácter de “encargado”) porque debía “contar con la previa autorización de la mayoría de los integrantes del órgano legislativo nacional,” lo que “no había ocurrido.” Y agregó entonces la Sala que al estar la Asamblea Nacional en situación de desacato y “mantenerse en desacato,” lo que debió haber hecho la Fiscal General para poder nombrar al Vice Fiscal:

“*era acudir a esta Sala Constitucional, dada la situación de anormalidad institucional existente que choca con el Estado de Derecho, para el debido aval constitucional como consta de otras competencias atribuidas a la Asamblea Nacional, y que, por la actitud de la mayoría en desacato, debe resguardar esta máxima instancia judicial para asegurar el orden constitucional, la institucionalidad, la democracia y la justicia (véanse sentencias N° 06 del 20 de enero de 2017, 90 del 24 de febrero de 2017, entre otras), razón por la cual esta Sala como garante de la constitucionalidad y del Estado de Derecho, declara nula por ser contraria al Texto Constitucional y a la Ley que rige las funciones del Ministerio Público, la Resolución N° 651 de fecha 17 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.132 de esa misma fecha, donde la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República, designó al prenombrado abogado como Vicefiscal General de la República (Encargado). Al adolecer de nulidad absoluta tal designación, los actos y actuaciones realizadas por el prenombrado ciudadano, en las cuales haya fungido como “Vicefiscal General de la República” son nulos de nulidad absoluta y no tienen por tanto efectos jurídicos. Así se decide.*”

Y no contenta con lo decidido, sin proceso ni contradictorio alguno, violando el derecho a la defensa tanto de la Fiscal General que había nombrado al Vice-Fiscal encargado, como de éste mismo, la Sala Constitucional pasó a usurpar la competencia exclusiva de la Fiscal General de la República y de la propia Asamblea Nacional, decidiendo que “esta Sala por auto separado designará de manera temporal un Vicefiscal General de la República. Así se decide.”

No es difícil imaginar lo que la Sala persiguió con esa absurda sentencia,⁴ que no fue otra cosa que neutralizar totalmente a la Fiscal General de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Es decir, que una vez que la Sala procediera a designar directamente al Vice-Fiscal, asegurar así que éste, subordinado a la propia Sala Constitucional, entonces pudiera proceder a solicitar un antejuicio de mérito contra la propia Fiscal General conforme al artículo 25.5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Precisamente para ello, en la misma sentencia la Sala decidió que la Fiscal General supuestamente habría incurrido “en un error inexcusable en los términos establecidos en el artículo 22 numerales 8 y 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.”

Sobre la sentencia N° 470 de 27 de junio de 2017, la propia Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz —quien no debe dejar de recordarse, durante 12 años había sido el brazo político ejecutor del gobierno para perseguir a toda la disidencia en el país—, en rueda de prensa que dio el día 28 de junio de 2017, declaró lo siguiente respecto de los magistrados de la Sala Constitucional:

“ellos destituyen al Vicefiscal, esta competencia es exclusiva según la Ley Orgánica del Ministerio Público de nombramiento de la Fiscal General, en tal caso, debe ser aceptada por la Asamblea Nacional, no por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

³ Véase sobre dicha sentencia Allan R. Brewer-Carías, “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), 16 de junio de 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/161.-doc.-Sobre-proceso-constituyente-SC-sent.-378-y-455.pdf>. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2017, pp. 131 y ss.

⁴ Véase José Ignacio Hernández, “El TSJ avanza en su intento de anular y remover a la Fiscal,” en *Prodavinci*, 27 de junio de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/el-ts-j-avanza-en-su-intento-de-anular-y-remover-a-la-fiscal-por-jose-ignacio-hernandez-g-1/>

Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son los que están derogando la Constitución, ¡Esto yo no lo voy a permitir! Si ellos lo hicieron con la Asamblea Nacional, Diputados ustedes no están en desacato, eso no existe, eso no se le puede aplicar a los Diputados, ustedes no hicieron nada, eso es problema de la Asamblea Nacional.

Yo estoy investida de autoridad, y estoy obligada y tendrá el deber de garantizar la Constitución, me impone a mí la obligación de defenderla a ella misma, según el Artículo 333 de la CRBV, yo desconozco estas sentencias.

¡Defenderé la democracia y la Constitución con mi vida, Lo juro!”⁵

Ese mismo día, el Tribunal Supremo le prohibió la salida del país y le congeló sus cuentas bancarias. !!⁶

Días después, el 3 de julio de 2017, la Fiscal General de la República acudió a la Asamblea Nacional a solicitar se autorizará el nombramiento que ya había efectuado del Vice-Fiscal (Sr. Rafael González Arias), lo cual fue acordado.⁷

La reacción ante ello fue que la Sala Constitucional, mediante decisión N° 532 del mismo día 3 de julio de 2017, luego de ratificar la situación de “desacato” en la cual se encontraría la Asamblea Nacional, y estimar que la Fiscal General, al haber acudido ante la Asamblea Nacional conforme se dispone en la Ley Orgánica del Ministerio Público, habría “desatendido” la mencionada sentencia N° 470 de 27 de junio de 2017, procediendo, en consecuencia, a declarar las decisiones dictadas tanto por la Asamblea Nacional como por la Fiscal General de la República, como “nulas de nulidad absoluta por producirse en abierto desacato de las decisiones de este Alto Tribunal de la República, respecto de las cuales no cabe recurso alguno.” Luego, de seguidas, conforme a la “atribución” que la propia Sala se había auto-asignado, procedió a “designar en el cargo de Vicefiscal General de la República a la ciudadana Katherine Nayarith Haringhton Padrón.”

Sobre esta designación, como lo explicó José Ignacio Hernández, la misma:

“es consecuencia de la usurpación de funciones privativas del Ministerio Público y de la Asamblea Nacional, por lo tanto, es nula e ineficaz, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución. Esto quiere decir que tal designación no surte efectos jurídicos, pues el legítimo Vicefiscal es, y sigue siendo, Rafael González.

La Sala Constitucional no puede designar funcionarios del Ministerio Público, pues ello es competencia exclusiva del Fiscal General. Tampoco puede la Sala Constitucional cuestionar el control parlamentario ejercido por la Asamblea invocando la falsa tesis del llamado desacato: ni la Asamblea Nacional está en desacato, ni en todo caso puede la Sala asumir decisiones propias de la Asamblea.”⁸

En todo caso, ese fue el primer sablazo de la Tiranía Judicial contra la Fiscal General de la República dado en el mes de julio.

II. EL SEGUNDO SABLAZO DE LA TIRANÍA JUDICIAL CONTRA LA FISCAL GENERAL MEDIANTE UN FRAUDE PROCESAL: LA CONDENA EN AMPARO CONTRA UNA PERSONA QUE NO ERA LA “PERSONA AGRAVIANTE” Y NI ERA LA AUTORA DEL “ACTO LESIVO”

1. Una acción de amparo “por manpueso”

El segundo sablazo de la Tiranía Judicial contra la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz se produjo mediante sentencia de la Sala Constitucional N° 528 del mismo día 3 de julio de 2017, mediante la cual se declaró con lugar una acción de amparo que había sido intentada unas horas antes del mismo día 3 de julio de 2017, por el Sr. Antonio J. Benavides Torres, “militar en servicio activo quien se desempeña como Jefe de Gobierno del Distrito Capital” (nombrado el 21 de junio de 2017) contra “la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República.”

⁵ Transmitido por VPI TV, 27 de junio de 2017, en: <https://www.youtube.com/watch?v=ab6B4Pelkj8>

⁶ En -TSJ congela cuentas de Luisa Ortega y le prohíbe salir del país,- en *CNNespañol*, 28 de junio de 2017, en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/06/28/tsj-congela-cuentas-de-luisa-ortega-y-le-prohi-be-salir-del-pais/>

⁷ Véase en http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/_an-autorizo-por-unanimidad-la-designa-cion-de-rafael-gonzalez-diaz-como-vicefiscal-de-la-republica

⁸ Véase José Ignacio Hernández, -¿Qué viene luego de la audiencia a la Fiscal General?; por José Ignacio Hernández,- en *Prodavinci*, 4 de julio de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-viene-luego-de-la-audiencia-a-la-fiscal-general-por-jose-ignacio-herandez/>

Sobre esta sentencia, debe decirse que es difícil encontrar en un solo texto de decisión del Tribunal Supremo de Justicia, tantos errores jurídicos juntos, como en el caso. Lástima, en todo caso, que la sentencia no indicó la hora de consignación de la demanda y la hora en la cual se tomó la decisión, para poder captar en toda su magnitud la eficiencia de la Sala Constitucional, en el “juicio de amparo” más breve que registra la historia judicial del país.

En efecto, como lo narra la propia sentencia, en este caso, la “acción de amparo constitucional ejercida contra “la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República,” no se formuló contra acto, hecho u omisión alguno que ella hubiese dictado y que hubiera podido imputársele sino, como lo dijo expresamente el demandante, contra una comunicación de fecha 28 de junio de 2017, dirigida “por el ciudadano Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público,” al Sr. Benavides, con la finalidad de que compareciera el día 6 de julio de 2017 a fin “de rendir declaración en calidad de imputado” de unos delitos.

El acto lesivo denunciado, por tanto, era uno emanado del Fiscal provisorio 49, quien en todo caso era la presunta “persona agravante.” Sin embargo, no fue así. Tanto el abogado asistente del Sr. Benavides, como la propia Sala Constitucional ignoraron que la acción de amparo es, ante todo, una acción personalísima que se tiene que intentar solo por la persona agraviada contra la persona o ente agravante por un acto, u omisión de su autoría.

En este caso, como hemos dicho, el “acto lesivo” se identificó por el accionante como el emanado del “Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público,” por lo que la acción de amparo la debió intentar contra dicho funcionario y no contra “la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República.”

La Sala, por ello, ante la demanda lo que debió haber hecho fue haber declarado *in limine* su incompetencia, y remitir la acción intentada al tribunal penal de primera instancia competente para tramitarla, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo.

Pero por supuesto, como el fraude procesal sin duda ya estaba preparado,⁹ una acción contra un acto lesivo emanado de un funcionario inferior de la Fiscalía identificado con toda precisión (“Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público”), se formuló contra toda regla de derecho, contra “la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República” a sabiendas de que no era la autora del acto lesivo.

Y todo ese “error” que no quiso ver la Sala en su sentencia que fue dictada con Ponencia Conjunta (es decir, con la participación de todos sus siete magistrados, ninguno de los cuales se percató del mismo), fue para que la Sala Constitucional, simple y fraudulentamente declarara su propia competencia en el caso, ya que las acciones de amparo contra los altos funcionarios como la Fiscal General solo se pueden intentar ante la Sala Constitucional (art. 8 de la ley Orgánica de Amparo), ignorando que la acción en este caso en realidad se había intentado contra el acto emanado del Fiscal Provisorio N° 49, que fue el acto denunciado como lesivo, y cuya nulidad incluso se solicitó en la demanda, lo que obligaba a la Sala a haber remitido los autos al tribunal competente que en este caso eran los tribunales penales de primera instancia.

Pero no; la Sala más bien invocó el artículo 25.18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que le otorga competencia para conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales *de rango constitucional*,” ignorando que el haber intentado la acción contra “la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su condición de Fiscal General de la República” no era más un subterfugio fraudulento para violar las reglas de competencia, siendo como era que el acto lesivo denunciado no había emanado de la Fiscal sino del “Fiscal Provisorio 49 Nacional Pleno del Ministerio Público.

2. *La violación al derecho a la defensa por no permitírsele a la Fiscal General siquiera alegar que ella no era la “presunta agravante”*

Con base en el texto de la acción propuesta por el Sr. Benavides, que fue contra la comunicación de 28 de junio de 2017 que le dirigió para imputarlo de delito el “el ciudadano Oliver Uribe Pinto, en su condición de Fiscal Provisorio 49° Nacional Pleno del Ministerio Público,” y que se identificó como “acto lesivo,” la Sala pasó a admitir la acción, no contra dicho funcionario, sino contra “la ciudadana Luisa Ortega

⁹ A pesar de la -telaraña- judicial, el objetivo de defenestrar a la Fiscal parece haber estado claro desde el inicio. Véase el comentario de *Acceso a la Justicia*, -La telaraña jurídica del TSJ contra la Fiscal General,- Caracas, 4 de julio de 2017, en <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/la-telaraña-jurídica-del-tsj-contra-la-fiscal-general/>

Díaz, en su condición de Fiscal General de la República” afirmando falsamente que la acción de amparo podía “resolverse con las actas que conforman el presente expediente y sin necesidad de escuchar a las partes.”

Es decir, la Sala llegó al extremo de considerar que no era necesario que una persona demandada por un acto que no dictó no tenía entonces “necesidad” de al menos poder alegar eso, es decir, que debía declararse inadmisibile la acción porque se la demandó por una acción que no podía serle atribuida.

Pero la Sala Constitucional ignoró este hecho, y violándole abiertamente su derecho a la defensa, no le permitió a la Fiscal Luisa Ortega Díaz alegar que en el proceso ella no era la “persona agravante” y que el “acto lesivo” no había sido dictado por ella sino por el Fiscal Provisorio 49.

3. *El asunto planteado no era de mero derecho, y los alegatos del demandante sí requerían prueba*

Pero es que además, contrariamente a lo afirmado por la Sala Constitucional, el asunto planteado en la demanda “contra” la Fiscal por un acto que no dictó, no era de mero derecho, es decir, no se trataba de discutir como lo dijo en alguna sentencia que citó la Sala (Nº 993, del 16 de julio de 2013, caso: “*Daniel Guédez Hernández y otros*”), “un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional.”

Para afirmar esto, por supuesto, la Sala Constitucional simplemente ignoró lo que el demandante alegó en su demanda contra la Fiscal General de la República en relación con un acto que ella no dictó pues fue dictado por el Fiscal Provisorio 49, y que en síntesis fue lo siguiente:

Primero, que la decisión que la Fiscal General no adoptó, es decir, el supuesto acto lesivo emanado del Fiscal Provisorio 49, supuestamente desconocía “la prerrogativa procesal que [el demandante] ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital, supuestamente desconociendo “la competencia constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de antejuicio de mérito de altos funcionarios del Estado,” alegando que el Jefe del Distrito Capital tiene igual rango constitucional que los Gobernadores de Estados, cuando ello es falso, pues el Distrito federal se organizó como entidad dependiente del Ejecutivo Nacional y su Jefe de Gobierno no es electo por votación popular.

Segundo, que supuestamente el demandante Sr. Benavides no había “tenido el conocimiento previo que debe tener todo ciudadano que sea imputado en cuanto a los elementos de convicción que obran – presuntamente– en su contra,” y que “con la comunicación recibida para rendir declaración en calidad de ‘imputado’ se ha producido una violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y juez natural;” desconociendo lo más elemental en el proceso penal, que es que si se lo cita como imputado es precisamente para que conozca de dichos elementos de convicción y pueda defenderse. Para defenderse en una investigación penal, el imputado precisamente tiene el derecho a que se le informe formalmente de los elementos de convicción para poder defenderse.

Tercero, que supuestamente era un “hecho notorio comunicacional” que la Fiscal General de la República tendría “animadversión” contra el componente de la Guardia Nacional como órgano de Seguridad de la Nación, así como de los miembros que la conforman.”

“Animadversión” es sinónimo de enemistad, antipatía, animosidad, malquerencia, tirria, ojeriza, rencor o resentimiento, lo cual, siendo un ánimo de conducta, esencialmente tiene que ser probado en juicio.

Cuarto, que la Fiscal General habría violado “el principio de presunción de inocencia al notificarlo en calidad de imputado,” cuando la Fiscal General no fue quien lo hubiera notificado de nada ni suscribió el acto supuestamente lesivo.

Y *quinto*, que “la ciudadana Luisa Ortega Díaz, se encuentra en desacato frente a la sentencia de la Sala Constitucional, en la que interpretó en forma vinculante las competencias del Defensor del Pueblo,” y respecto de la sentencia que declaró nula su designación del Vice-fiscal General de la República.

Contrariamente a lo afirmado por la Sala Constitucional, sin embargo, y no es necesario ser abogado para que cualquiera se percate de ello, que los asuntos planteados *no son* de mero derecho y, por tanto, quien los alega está obligado a probarlos, y la Sala tiene que atenerse a lo que se pruebe en autos, no estando autorizada a relevar al demandante en este caso de su obligación de probar.

Sin embargo, la Sala, al contrario, pasó a decidir el caso como si fuera “un asunto de mero derecho,” considerando que lo que se debía determinar era:

“si –en este caso– la funcionaria señalada como presunta agravante violó los derechos constitucionales invocados por la parte accionante –tutela judicial efectiva, defensa, debido proceso, juez natural y presunción de inocencia–, al haberlo convocado a la sede fiscal para rendir una declaración en condición de “imputado”, sin tomar en consideración conforme a lo alegado por el accionante, la prerrogativa procesal que ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital, desconociendo las normas constitucionales y legales relacionadas al antejuicio de mérito, por lo que la Sala decidirá la presente acción de amparo constitucional en esta oportunidad, prescindiendo de la audiencia oral y pública. Así se declara.”

Lo insólito de todo este caso fue que la Sala Constitucional volvió a considerar que la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, había sido “*la funcionaria señalada como presunta agravante*,” cuando la demanda que le fue presentada identificó con precisión que el funcionario supuestamente agravante habría sido el Fiscal Provisorio 49, con ocasión de haber enviado la comunicación citando al Sr. Benavides a compareciera como imputado.

Es falso, por tanto, lo afirmado por la Sala Constitucional en el sentido de que la Fiscal General hubiera sido quien habría “convocado” al demandante “a la sede fiscal para rendir una declaración en condición de “imputado.” Como lo alegó el propio demandante, Fue el Fiscal provisorio 49 el que lo hizo.

4. *Era falso que el Jefe de Gobierno del Distrito Capital gozara de la prerrogativa del antejuicio de mérito*

El supuesto “acto lesivo” en este peculiar “proceso de amparo” que duró sólo unas escasas horas del día 3 de julio de 2017, como lo reseña la propia Sala Constitucional, que por lo demás no emanó de la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, sino que fue “suscrito por el Fiscal Provisorio 49 Nacional Plena Derechos Fundamentales, ciudadano Oliver Uribe Pinto,” fue el oficio N° 00-F-49NP-457-2017 de 28 de junio de 2017 mediante el cual dicho Fiscal citó al demandante Sr Benavides para que compareciera “el día 6 de julio de 2017, a las 10:00 horas de la mañana,” a la sede del Ministerio Público, “fin de rendir declaración en calidad de “imputado en la causa número MP-288988-2017.”

Entre todos los argumentos esgrimidos por el demandante en este caso, *el único que consideró la Sala Constitucional para decidir*, y declarar con lugar la acción de amparo intentada, fue el alegato de que la Fiscal General de la República Luis Ortega Díaz habría supuestamente desconocido “en forma abierta y grosera la prerrogativa procesal que ostenta como Jefe de Gobierno del Distrito Capital,” en “materia de antejuicio de mérito de altos funcionarios del Estado.”

Bastó el simple alegato del demandante, ignorando por supuesto los términos del artículo 266.3 de la Constitución que regula la materia, para que la Sala Constitucional simplemente concluyera que

“es evidente que ostentando el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Capital, que es un cargo de alta investidura a tenor de lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, al convocársele en la forma efectuada, la Fiscal General de la República como titular del Ministerio Público, quien al igual que el actor es una alta funcionaria del Estado, ha incurrido en la infracción de los derechos constitucionales invocados por el actor, ya que inició una causa penal según se observó en los recaudos, y se practicó la “citación” a fin de que el Jefe de Gobierno del Distrito Capital acuda a la sede del Ministerio Público en calidad de “imputado”, subvirtiendo las formas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano, contrariando los principios de legalidad e imparcialidad, generando una lesión de orden público constitucional, al no sólo transgredir los derechos denunciados sino una prerrogativa procesal que ostenta el accionante y que es inexcusable su desconocimiento por parte de la agravada al ostentarlo ella también por el cargo que la misma ocupa, el cual supone la solicitud de antejuicio de mérito si se pretende la instauración de un proceso penal en su contra (artículos 266.3 de la Constitución y 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).”

Basta recordar lo que dice el artículo 266.3 de la Constitución sobre el antejuicio de mérito para percatarse de lo errado de la afirmación de la Sala Constitucional, que enumera entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en pleno:

“3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros, del Procurador General, del Fiscal General, del Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo, los Gobernadores, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.”

En todos los casos de funcionarios enumerados en este artículo (salvo los miembros indicados de las fuerzas armadas), los que gozan de la prerrogativa de antejuicio de mérito son solo funcionarios de rango constitucional, algunos designados por el Presidente de la República (como los Ministros, el Procurador General y los Jefes Misiones Diplomáticas), otros electos popularmente en forma directa (como los integrantes de la Asamblea Nacional y los Gobernadores) y otros electos en forma indirecta en segundo grado por la Asamblea nacional (como el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo).

El Jefe de Gobierno del Distrito Capital no es un funcionario de rango constitucional, y conforme a la inconstitucional Ley Orgánica del Distrito Capital,¹⁰ dicho Distrito fue organizado inconstitucionalmente como una dependencia del Poder Ejecutivo Nacional (no como la “entidad federal” como debió ser conforme a la Constitución), atribuyéndose al Presidente de la República el libre nombramiento y remoción de dicho Jefe de Gobierno del Distrito.

Es falsa, por tanto, la afirmación de la Sala Constitucional de que el Jefe del Distrito Capital “equivale a un Gobernador de Estado.”

Un Gobernador de Estado es un funcionario electo por votación popular, directa y secreta en el Estado respectivo; en cambio, el Jefe del Distrito Capital no es electo por el pueblo, sino del libre nombramiento del Presidente de la República. Es una falsedad o ignorancia inexcusable que la Sala Constitucional afirme que el Jefe del Distrito Capital “equivale a un Gobernador de Estado,” para pretender justificar, en contra de lo que prescribe la Constitución, que dicho funcionario “goza de la prerrogativa del antejuicio de mérito a los efectos de su eventual enjuiciamiento.”

En consecuencia, no sólo la Fiscal General de la República no erró en forma alguna, ni incurrió en abuso de poder ni en extralimitación de atribuciones, pues ella no fue quien citó al demandante a comparecer ante el Ministerio Público para rendir declaración como imputado; sino que el Fiscal Provisorio 49 del Ministerio Público, al citar al demandante, no “erró en forma grave e inexcusable,” ni incurrió “en abuso de poder y extralimitación de atribuciones,” ni “lesionó con su actuar los derechos invocados por el actor al debido proceso, la defensa, la presunción de inocencia, el juez natural, la tutela judicial efectiva, al subvertir el procedimiento,” pues no desconoció en absoluto ninguna prerrogativa procesal, pues el demandante en este caso no tenía derecho constitucional alguno a dicha prerrogativa del antejuicio de mérito.

En este caso, quien erró e incurrió en abuso de poder y en extralimitación de atribuciones fue la Sala Constitucional, la cual, con su sentencia, actuó en forma “abiertamente contraria al Estado de Derecho y de Justicia que propugna el Texto Fundamental,” declarando con lugar la acción de amparo intentada contra la Fiscal General de la República, a pesar de que ella no fue la autora del “acto lesivo” el cual fue dictado por otra autoridad (que debió haber sido citada como agravante); “acto lesivo” que sin siquiera haber sido citado su autor, la Sala Constitucional decidió anularlo inconstitucionalmente, cuando bien sabe la misma Sala Constitucional que el proceso de amparo contra actos administrativos no tiene carácter anulatorio, es decir, que mediante una acción de amparo no se pueden anular actos administrativos, pues ello es competencia exclusiva de los tribunales contencioso administrativos (art. 259 C.)

Y no contenta con anular la citación que le había hecho el Fiscal Provisorio 49 al demandante, Sr. Benavides, la Sala Constitucional procedió *Urbi et Orbi*, hacia futuro, protegiéndolo “para siempre” que:

“cualquier actuación de la Fiscal General de la República o de los funcionarios que actúen bajo su dependencia o jerarquía, que pretendan iniciar una investigación al Jefe de Gobierno del Distrito Capital, ciudadano Antonio José Benavides Torres, con prescindencia del procedimiento de antejuicio de mérito aplicable en atención a las normas constitucionales y legales referidas. Así se decide.”

III. LOS INCONSTITUCIONALES “EFECTOS EXTENSIVOS” DE LA SENTENCIA Y LOS INICIOS DEL TERCER SABLAZO CONTRA LA FISCAL

Por último, no contenta con la arbitrariedad e inconstitucional cometida, la Sala Constitucional resolvió en la sentencia que el supuesto “restablecimiento de la situación jurídica, ante la infracción constitucional constatada,” tenía que “*alcanzar a todos lo que comparten tal situación y que a su vez son perjudicados*”

¹⁰ Véase sobre dicha Ley ver: Allan R. Brewer-Carías: -Introducción general al régimen del Distrito capital y su incidencia en el régimen municipal del Distrito Metropolitano de Caracas,- en el libro: Allan R. Brewer-Carías, Manuel Rachadell, Nelson Socorro, Enrique Sánchez Falcón, Juan Carmona Borjas, Tulio Álvarez, *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área Metropolitana de Caracas*, Colección Textos Legislativos N° 45, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2009. pp. 9-37

por la violación,” anunciando por tanto una especie de “inmunidad total” para todos los funcionarios que hayan violado derechos humanos y hayan cometido delitos atroces en la represión de las manifestaciones públicas en los últimos meses, declarando a tal efecto con toda impunidad:

“los efectos extensivos de este fallo, en razón de lo cual, cualquiera que se encuentre en situación similar, podrá invocar la presente decisión. Así se decide.”

Ello nunca se había visto nunca en materia de amparo en el país.

Y así se dieron en un solo día, los dos primeros sablazos por parte de la “Justicia,” en este caso, de la Tiranía Judicial, contra la Fiscal General de la República Luisa Ortega Díaz, por haber resuelto, aun cuando tardíamente, velar por la defensa de la democracia y del Estado de derecho.

En todo caso, el tercer sablazo contra la Fiscal se comenzó a dar el día 4 de julio de 2017, con ocasión de una sin sentido audiencia pública celebrada ante el Tribunal Supremo en Sala Plena, que se había fijado en un proceso iniciado por una denuncia formulada para determinar la remoción de la Fiscal General, a la cual, con razón, la Fiscal general no asistió expresando que “desconocía” a los magistrados del Tribunal Supremo, al cual calificó de ilegítimo.

En efecto, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia el 20 de junio de 2017,¹¹ había decidido admitir una solicitud formulada por un diputado para que se calificara como falta grave las actuaciones de la Fiscal General de la República en defensa de la Constitución y del orden constitucional; solicitud que se hizo en violación abierta del artículo 25.5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 2007 que indica que sólo el Vice Fiscal o un representante de la Asamblea Nacional pueden solicitar ante el Tribunal Supremo de Justicia que se inicie un antejuicio contra la Fiscal.

Lo insólito es que quien no tenía legitimación alguna para actuar, acusó a la Fiscal General ante el Tribunal Supremo por sólo haber comenzado a defender la Constitución y denunciar los atropellos del régimen contra la ciudadanía, alegando que habría incurrido en incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes; que habría atentado contra la respetabilidad del Poder Ciudadano, que habría puesto en peligro su credibilidad e imparcialidad comprometiendo la dignidad del cargo, que al tomar decisiones administrativas habría incurrido en grave e inexcusable error, o al hacerlo haría hecho constar hechos que no sucedieron o habría dejado de relacionar los que ocurrieron. Más insólito aún fue el alegato de solicitante de que conforme a los ordinales 2 y 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscal habría actuado con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución, de la ley y del derecho y que habría violado, amenazado o menoscabado los principios fundamentales establecidos en la Constitución. Todo ello por haber comenzado a defender la Constitución.

Con esta decisión, se concretó la amenaza de la remoción de la Fiscal General por el Tribunal Supremo de Justicia, cuando ello es potestad exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional,¹² lo que muestra no es otra cosa que la consolidación en Venezuela de una tiranía judicial, conducida por un Tribunal Supremo de ilegítimo origen.¹³

En este marco, como concluyó José Ignacio Hernández,

“todos estos procesos no son más que un fraude que forma parte del golpe de Estado permanente en ejecución desde diciembre de 2015. Pues al final, los juicios ante la Sala Constitucional y la Sala Plena son meros instrumentos para lograr la separación de la Fiscal y la designación de quien ocupará la máxima jerarquía del Ministerio Público.”¹⁴

Sobre todo, ello la Fiscal General de la República, en declaración pública formulada al mismo momento en el cual en el Tribunal Supremo se desarrollaba la audiencia a la cual se rehusó a asistir, expresó:

¹¹ Véase en la reseña en *El Nacional*, caracas 21 de junio de 2017, en http://www.el-nacio-nal.com/noticias/politica/sala-plena-del-ts-j-aprobo-antejuicio-merito-fiscal-ortega-diaz_188686. NO se pudo acceder al link de la página web del Tribunal Supremo: <http://www.tsj.gob.ve/es/-/sala-plena-del-ts-j-admitio-solicitud-de-antejuicio-de-merito-contra-la-fiscal-general-de-la-republica>

¹² Véase Juan Manuel Raffalli, ¿Qué hay detrás del antejuicio a la Fiscal?- en *Prodavinci*, 21 de mayo de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-hay-detras-del-antejuicio-a-la-fiscal-por-juan-manuel-raffalli/>

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*, Caracas 2017, pp. 31-32.

¹⁴ Véase José Ignacio Hernández, -¿Qué viene luego de la audiencia a la Fiscal General?-, por José Ignacio Hernández, - en *Prodavinci*, 4 de julio de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/que-viene-luego-de-la-audiencia-a-la-fiscal-general-por-jose-ignacio-hernandez/>

“Este es un fraude procesal con el que se pretende intimidar a la Fiscal General. Pretenden callarme porque advertí nacional e internacionalmente que los integrantes de la Sala Constitucional, así como los magistrados que asignaron de manera rápida, abandonaron el sometimiento a la Constitución usurpando cualquier poder. [...] Si el Tribunal Supremo de Justicia decidiera removerme arbitrariamente, tendré el deber de colaborar en el restablecimiento de su debida vigencia al igual que todo el pueblo venezolano. Esto es un golpe de Estado más grotesco que el de Carmona.”¹⁵

IV. LA INCONSTITUCIONAL REMOCIÓN DE LA FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA, POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El “proceso” iniciado contra la Fiscal General de la República por la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con los sablazos dados por la Tiranía Judicial antes mencionados, culminaron con la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, recién electa y constituida, adoptada el día 5 de agosto de 2017, de “remover” de su cargo a la Fiscal General de la República,¹⁶ luego de que las fuerzas militares le impidieron el ingreso a la sede del Ministerio Público; decisión que fue absolutamente inconstitucional, y contraria al artículo 279 de la Constitución que le atribuye esa competencia en forma exclusiva a la Asamblea Nacional.¹⁷

La decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, se adoptó supuestamente “en ejercicio de su poder originario para reorganizar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático, tal como lo dispone el artículo primero del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en concordancia con las Bases Comiciales, Cláusula Décima Primera;” base “constitucional” absolutamente falsa, pues primero, como lo hemos explicado,¹⁸ la Asamblea Constituyente no tiene “poder originario” alguno, pues el poder constituyente originario indelegablemente permanece en el pueblo que es su único depositario; y segundo, porque la tarea que la Constitución encomienda a una Asamblea Nacional Constituyente, así hubiese sido inconstitucionalmente electa, para “reorganizar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático” solo puede reflejarse en la nueva Constitución que estaría llamada a redactar, no teniendo competencia alguna, mientras ésta no entre en vigencia luego de su aprobación popular, para modificar ni violar la Constitución de 1999.

La Asamblea Nacional Constituyente, además, en la decisión expresó que “aplicaba” la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 349 de la Constitución que indica “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente,” lo que por supuesto se limita a las materias que conforman la misión de la misma que en definitiva es solo “redactar una nueva Constitución” conforme al diseño que realice sobre la reforma del Estado y el nuevo ordenamiento jurídico; pero que en forma alguna la autoriza para usurpar las competencias de los Poderes Constituidos ni para violar la Constitución que permanece en vigencia.

Para tomar la decisión de remover a la Fiscal General de la República, la Asamblea tomó en consideración una “notificación” recibida del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena relativa a una supuesta decisión de 4 de agosto de 2017, cuyo texto el país no conocía, en la cual se habría decretado “la suspensión de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz, titular de la Cédula de Identidad N° 4.555.631, como titular del cargo de Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, ordenando en consecuencia su

¹⁵ Véase -Fiscal: -Esto es un golpe de Estado más grotesco que el de Carmona- // #MonitorProDaVinci, 4 de julio de 2017, en <http://prodavinci.com/2017/07/04/actualidad/fiscal-esto-es-un-golpe-de-estado-mas-grotesco-que-el-de-carmona-monitorprodavinci/>

¹⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.322 Extraordinario de 5 de agosto de 2017, Véase igualmente la reseña -Asamblea Constituyente remueve del cargo a la fiscal general de Venezuela,- en *cnn.español*, 5 de agosto de 2017, en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/08/05/asamblea-constituyente-suspende-del-cargo-a-la-fiscal-general-de-venezuela/> Véase el Comunicado oficial del Ministerio Público, en la reseña -Ortega Díaz: No me rindo, Venezuela no se rendirá ante la barbarie, el hambre, la oscuridad y la muerte,- en *aporrea.org*, 5 de agosto de 2017, en <https://www.aporrea.org/ddhh/n312596.html>. Véase sobre todo ello: Allan R. Brewer-Carías, -El gran temor: la remoción de la Fiscal General de la República y el pavor frente a sus investigaciones,- New York, 12 de agosto de 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/172.-doc.-Brewer.-Gran-Temor.-Remoc-FGR.pdf>

¹⁷ Véase sobre las reacciones en el mundo en contra de la medida, en la reseña: -Así reaccionó el mundo a la destitución de la fiscal general de Venezuela,- en *Cnn.español*, 5 de agosto de 2017, en <http://cnnespa-nol.cnn.com/2017/08/05/asi-reacciono-el-mundo-a-la-destitucion-de-la-fiscal-gene-ral-de-venezuela/>.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La Gran Mentira: La Asamblea Nacional Constituyente ni es soberana, ni es depositaria del poder constituyente originario, ni es reconocida globalmente,- de agosto de 2017, ' <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/171.-doc.-La-Gran-mentira.-ANC-no-es-soberana.pdf>

inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública.” Y simplemente, con base en esa “notificación,” sin motivación alguna, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente decretó “remover” a la mencionada ciudadana del cargo de Fiscal General de la República:

“por sus actuaciones contrarias a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, realizadas con contumacia, discriminación y parcialidad, llevando los márgenes de impunidad del país a históricos nunca antes vistos y que promovieron la violencia delictiva y con fines políticos, alterando gravemente la paz y la tranquilidad de la República.”

Y nada más. Sin haberse indicado o referido ninguna conducta o hecho específico atribuido a la Fiscal General se la removió de su cargo, por supuesto violándose abiertamente la Constitución, porque conforme al artículo 279 es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional (y dicho artículo no ha sido reformado ni derogado), decidir sobre la remoción de los integrantes del Poder Ciudadano, entre quienes está la Fiscal General.

Como consecuencia de lo anterior, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente decretó designar al “Presidente del Consejo Moral Republicano, Tarek Willians Saab, titular de la Cédula de Identidad N° 8.459.301, como Fiscal General de la República,” indicándole que debía ejercer sus funciones:

“de acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica del Ministerio Público y los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, depositaria del poder constituyente originario. Cesando en sus funciones como Defensor del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, a partir de la presente fecha.”

En esta forma, un órgano que conforme a la Constitución debe ser autónomo en el ejercicio de sus funciones, que debe cumplir exclusivamente sujeto a la Constitución y las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente lo convirtió, violando la Constitución, en un órgano que debe cumplir con sus funciones sujeto a lo que decida la Asamblea. Ello, sin duda, es el fin de la autonomía del Ministerio Público prevista en el artículo 273 de la Constitución, el cual también se violó con dicho decreto.

Demás está reiterar que es mentira que la Asamblea Nacional Constituyente sea “depositaria del poder constituyente originario” como se insiste en repetir en el artículo único de este decreto, porque es claro que conforme al artículo 347 de la Constitución, “el pueblo es el depositario del poder constituyente originario” constituyendo una usurpación de la soberanía del pueblo tal declaración, lo que hace éste y todos los actos de la fraudulenta Asamblea nacional Constituyente nulos, de nulidad absoluta conforme a lo establecido en el artículo 138 de la Constitución.

Tercero, en la misma fecha, y luego de remover a la Fiscal General de la República y de nombrar un sustituto sometido a sus designios, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, decretó

“la emergencia y reestructuración del Ministerio Público, por su inactividad manifiesta conforme a los índices delictivos y de actos conclusivos acusatorios mínimos, según constan en la Memoria y Cuenta de esta Institución durante los últimos diez años, colocando a la República en situación de vulnerabilidad en su combate contra la violencia delictiva y la violencia con fines políticos, generando por esta vía la desestabilización del país.”

Ante esas decisiones evidentemente inconstitucionales, la Asamblea Nacional mediante Acuerdo de 7 de agosto de 2017, expresó categóricamente y con razón que:

“la decisión de remover a la Fiscal General de la República adoptada por el órgano constituyente espurio es absolutamente nula e inexistente, pues implica usurpación de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional; igualmente nulo e inexistente es el acto de designación de Tarek William Saab como Fiscal General de la República.”¹⁹

La Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, por su parte, el 6 de agosto de 2017, con razón había expresado que:

“No puede ser que la primera decisión de esta Asamblea, esta Constituyente presidencial, teniendo instrucciones del Ejecutivo cuando la Constitución dice que el poder constituido no le va a dar instrucciones a la Asamblea Constituyente, [...] procedieron a remover, de manera ilegítima, a la Fiscal General. Yo desconozco esa remoción. Yo sigo siendo la Fiscal General de este país”.

Y agregó:

¹⁹ Véase el texto del Acuerdo en http://www.asambleavenezuela.com/documentos_archivos/acuerdo-contra-la-constituyente-56.pdf.

“Estamos ante un poder de facto porque no es un gobierno. Aquí no hay gobierno. Los gobiernos, además de todo el concepto doctrinario y filosófico que existe, son para garantizar la felicidad al pueblo. Y aquí, quien está ocupando de manera ilegal el poder es la Asamblea Nacional Constituyente.”²⁰

Esta posición fue respaldada por la Asamblea Nacional en su Acuerdo del 7 de agosto de 2017, en el cual resolvió:

“respaldar a la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, en su determinación de continuar en el desempeño de las funciones para las que fue designada por la Asamblea Nacional y rechazar el proceder arbitrario de efectivos militares que, siguiendo instrucciones del régimen dictatorial, fuera de toda legalidad, impidieron a la titular del Ministerio Público el ingreso a la sede de la institución, así como deplorar la violación del derecho al debido proceso cometida por el Tribunal Supremo de Justicia y por el órgano supuestamente constituyente.”²¹

Dichos actos inconstitucionales tuvieron amplio rechazo nacional, pues como lo resumió José Ignacio Hernández,

“De haber sido electa conforme a la Constitución, la asamblea nacional constituyente no podría haber tomado esa decisión, pues su única función –así definida en el artículo 347 constitucional– es dictar una nueva Constitución. No puede, por ello, ejercer funciones de los otros órganos del Poder Público, como es la función de la Asamblea Nacional de designar y remover a la Fiscal conforme a la Constitución de 1999.

Al haber sido constituida de manera ilegítima y fraudulenta, menos podría esta asamblea usurpar funciones de la Asamblea a fin de remover a la Fiscal y designar a su sustituto. Con lo cual, tanto la decisión de remoción de la Fiscal como la designación transitoria de quien ejercería tal cargo, son actos nulos e inexistentes, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución.

Por más que la constituyente diga lo contrario, Luisa Ortega Díaz sigue siendo la Fiscal General de la República. Y quien hoy ocupa ese cargo no es más que un funcionario que de hecho usurpa funciones.”²²

El rechazo a la inconstitucional decisión, en todo caso, también fue generalizado a nivel internacional,²³ de manera que entre muchas manifestaciones, por ejemplo: el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, dijo que el organismo desconocía la destitución de Ortega y la designación de Saab; la Cancillería y la Fiscalía mexicanas condenaron la destitución de la Fiscal, llamando al gobierno a cesar “los actos de hostigamiento y uso de la fuerza pública contra las instituciones del Estado;” la Presidenta de Chile, Michelle Bachelet, dijo que la destitución de Ortega era “un paso más en el quiebre democrático” de Venezuela; la Fiscalía General de Guatemala expresó su “profunda preocupación por la grave vulneración de la independencia institucional del Ministerio Público de Venezuela;” la Cancillería de Canadá condenó la remoción de Ortega y dijo que la primera acción de la Asamblea Constituyente había sido desmantelar aún más la separación de poderes y la democracia en Venezuela; y el presidente del Parlamento Europeo, Antonio Tajani, dijo que la destitución de la fiscal era “otra prueba de la alteración del orden institucional” en Venezuela.²⁴

Este desconocimiento global respecto de la decisión de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente de remover a la Fiscal General, violando la Constitución porque ello solo corresponde a la Asamblea Nacional, fue generalizado en el ámbito de los Fiscales y Ministerio Público de América Latina, habiendo

²⁰ Véase en la reseña -Oposición y chavismo disidente en un mismo foro: ¿qué dijeron? // #MonitorProdavinci, en *Prodavinci*, 6 de agosto de 2017, en <http://prodavinci.com/2017/08/06/actualidad/oposicion-y-chavismo-disidente-en-un-mismo-foro-que-dijeron-monitorprodavinci/>.

²¹ Véase el texto del Acuerdo en http://www.asambleavenezuela.com/documentos_archivos/acuerdo-contralaconstituyente-56.pdf.

²² Véase lo expuesto por José Ignacio Hernández, -Sobre el intento de remover a la Fiscal General de la República,- en *Prodavinci*, 6 de agosto de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-intento-de-remover-a-la-fiscal-general-de-la-republica-por-jose-ignacio-hernandez/?platform=hootsuite>.

²³ Véase José Ignacio Arcaya, -Estos son los países enfrentados a la constituyente de Maduro,- 11 de octubre de 2017, en *El Estímulo* <http://elestimulo.com/blog/estos-son-los-paisesenfrentados-a-la-constituyente-de-maduro/>.

²⁴ Véase la reseña: -Así reaccionó el mundo a la destitución de la fiscal general de Venezuela,- en *CCN español*, 5 de agosto de 2017, en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/08/05/asi-reacciono-el-mundo-a-la-destitucion-de-la-fiscal-general-de-venezuela/#0>

recibido el respaldo de la Cumbre de Fiscales Generales Iberoamericanos, lo que incluso le permitió a la Fiscal General, luego de abandonar el país, haber intervenido en la reunión de dicha Cumbre realizada en México el mismo día de 18 de agosto de 2017.²⁵

Por todo lo anterior, también, con razón, el Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, expresó que la “destitución de Fiscal Luisa Ortega es el primer acto dictatorial de una Constituyente ilegítima;”²⁶ y la representante de la Unión Europea para la Política Exterior, Federica Mogherini, indicó que:

“La investidura de la Asamblea Constituyente y sus primeras acciones, incluyendo la remoción de Luisa Ortega de su puesto en el Ministerio Público, han debilitado más las perspectivas de una vuelta pacífica al orden democrático en Venezuela.”²⁷

Por otra parte, en la misma fecha de remoción de la Fiscal General de la República y de nombrar un sustituto sometido a sus designios, la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, decretó

“la emergencia y reestructuración del Ministerio Público, por su inactividad manifiesta conforme a los índices delictivos y de actos conclusivos acusatorios mínimos, según constan en la Memoria y Cuenta de esta Institución durante los últimos diez años, colocando a la República en situación de vulnerabilidad en su combate contra la violencia delictiva y la violencia con fines políticos, generando por esta vía la desestabilización del país.”

Y para velar mediante esas declaraciones por el “fiel cumplimiento y seguimiento de esta decisión soberana,” la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente nombró una comisión presidida por uno de sus miembros, usurpando de nuevo la soberanía que conforme al artículo 5 de la Constitución “reside intransferiblemente en el pueblo,” y nadie puede arrogársela; y mucho menos una Asamblea inconstitucional que el pueblo no convocó como lo impone el artículo 347 de la Constitución.

Luego, la Fiscal General de la República, quien persiguió sin límites durante más de una década a toda la disidencia política en el país, y dejó de perseguir igualmente sin límites a quien debía, denunció bien tardíamente hechos delictivos cometidos por funcionarios del régimen en materia de corrupción,²⁸ narcotráfico,²⁹ y violaciones a los derechos humanos.³⁰ No se refirió, sin embargo, a otros hechos delictivos que en su momento también dejó de investigar y denunciar, como los relativos a la progresiva y sistemática violación impune de la soberanía nacional por países extranjeros con la anuencia del régimen, que fueron denunciados por la Mesa de la Unidad Democrática, MUD el 13 de agosto de 2017, al rechazar “la intervención cubana,” explicar “la presencia e injerencia en los asuntos internos de nuestro país y, muy especialmente, de nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, de personal civil y militar extranjero,” y destacar el hecho de que “Venezuela tiene años intervenida militar y políticamente por Cuba

²⁵ Véase la reseña: -¡Rompió el Silencio! Luisa Ortega en Cumbre de Fiscales en México: -Les pido que no abandonemos a Venezuela-, en *www.noticias-videos*, 18 de agosto de 2017, en <https://noticiasvi-deos1.com/rompio-silencio-luisa-ortega-cumbre-fiscales-mexico-les-pido-no-abandonemos-venezuela/>. Véase también la reseña: -Fiscales iberoamericanos respaldaron a Luisa Ortega e impidieron ingresar a una reunión a la enviada del régimen chavista. Katherine Harrington intentó irrumpir en la Asamblea extraordinaria en Buenos Aires y los procuradores de la Asociación se negaron. Solo permitieron la entrada de la enviada de la fiscal general de Venezuela.-

²⁶ Véase en la reseña -Colombia calificó destitución de la FGR como -primer acto dictatorial- de la constituyente cubana-, en la patilla. 5 de agosto de 2017, en <http://www.lapatilla.com/site/2017/08/05/colombia-califico-destitucion-de-la-fgr-como-primer-acto-dictatorial-de-la-constituyente-cubana/>.

²⁷ Véase en la reseña -Unión Europea: Instalación de Constituyente y -remoción- de Fiscal dificulta vuelta al orden democrático-, en *Lapatilla.com*, 7 de agosto de 2017, en <http://www.lapatilla.com/si-te/2017/08/07/union-europea-instalacion-de-constituyente-y-remocion-de-fiscal-dificulta-vuelta-al-orden-democratico/>.

²⁸ Véase las reseñas: -Ortega Díaz anunció que pronto acusarán a funcionarios por caso Odebrecht-, en *Runrunes*, 11 de julio de 2017, en <http://runrun.es/nacional/317135/ortega-diaz-anuncio-que-pronto-acusaran-a-funcionarios-por-caso-odebrecht.html>; -Fiscal Ortega denuncia que el TSJ bloquea investigación de Odebrecht en Venezuela-, en *CNNespañol*, 14 de julio de 2017, en <http://cnnespa-nol.cnn.com/2017/07/14/fis-cal-ortega-denuncia-que-el-tsj-bloquea-investigacion-de-odebrecht-en-venezuela/>.

²⁹ Véase la reseña: -Luisa Ortega Díaz se refirió al caso de los -narcosobrinos-, en *El Nacional*, 4 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/videos/politica/luisa-ortega-diaz-refirio-caso-los-narcosobrinos_38206

³⁰ Véase la reseña: -Luisa Ortega Díaz: ha sido grave la violación de DDHH en el país-, en *El Estímulo*, 20 de junio de 2017, en <http://elestimulo.com/blog/luisa-ortega-diaz-ha-sido-grave-la-violacion-de-ddhh-en-el-pais/>

no solo afectando nuestra soberanía e independencia, sino también constituyendo una de las principales causas de la violencia y la represión por parte del Gobierno.”³¹

En todo caso, lo que la Fiscal General removida aparentemente conocía, es quizás lo que explica las decisiones tomadas en su contra ante el gran temor que el régimen debía tener respecto de las investigaciones que había adelantado, y que solo removiéndola de su cargo y sometiendo el Ministerio Público a control de la Asamblea Constituyente, se pensó que podían detener.

Esto fue lo que en todo caso captó el diario *The Wall Street Journal* de Nueva York, en su edición de 12 de agosto de 2017, en la cual se lee lo siguiente sobre la Fiscal Ortega Díaz:

“Ayudada por países amigos, está adelantando su trabajo. Ella, anteriormente, formuló docenas de cargos en materia de corrupción contra funcionarios, muchos en conexión con la gigante constructora brasileira Odebrecht SA, y fue la compiladora principal de las denuncias de abusos contra los derechos humanos bajo el gobierno de Nicolás Maduro en las recientes protestas antigubernamentales [...].

Como la Constitución le impedía destituir a la Sra. Ortega, el Sr. Maduro acudió a la Asamblea designada a dedo y establecida para sobreponerse sobre la Asamblea nacional controlada por la oposición. Horas después que se instaló la semana pasada, la Asamblea Constituyente por unanimidad votó para destituirla. El gobierno se movió para cerrar sus investigaciones y para intimidar a los fiscales leales a ella, dijo la Sra. Ortega.”

El diario *The Wall Street Journal*, concluyó su reseña, indicando que:

“Los Fiscales brasileiros dijeron que consideran a la Sra. Ortega la Fiscal General legítima del país, y continúan cooperando con ella en los cargos de corrupción relacionados con los dos países.”³²

El temor o miedo que provocaron estas primeras decisiones de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente removiendo a la Fiscal General para frenar las investigaciones que había iniciado, pareció desde entonces que se podía tornar en pavor, si la Fiscal General continuaba sus investigaciones y tenía a buen resguardo los documentos necesarios para sustentarlas.³³

³¹ Véase el texto en <http://www.noticiasbarquisimeto.com/2017/08/13/hablo-la-mud-y-rechazo-amenazas-militares-de-donald-trump/>

³² Véase Anatoly Kurmannaev, Luciana Magalhaes y Juan Alonso, -Fired Prosecutor is still on Maduro’s Trial,- en *The Wall Street Journal*, New York, 12 de Agosto de 2017, p. A8.

³³ Según información publicada el 11 de agosto de 2017, -Antes de que se instalara la Asamblea Constituyente y previo a su destitución, la fiscal general Luisa Ortega Díaz obtuvo copias digitales de los documentos que necesitaba para avanzar con sus investigaciones sobre los casos de corrupción del Gobierno./ Véase la reseña en: -EEUU y Brasil colaborarán con Ortega Díaz en investigación de caso Odebrecht,- en *Notitotal*, 11 de agosto de 2017, en <http://notito-tal.com/2017/08/11/eeuu-brasil-colaboraran-ortega-diaz-caso-odebrecht/>

79. LA ANULACIÓN ANTICIPADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, EN “JUICIO SUMARIO,” DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y EL SOMETIMIENTO DE LOS MISMOS A JUICIO MILITAR

Revista de Derecho Público, N° 151-152, julio-dic. 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 424-429

Resumen: *El comentario que sigue se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 545 del 20 de julio de 2017, dictada en un juicio sin proceso ni partes desarrollado en 24 horas, declarando la nulidad de actos futuros de la Asamblea Nacional de designación de nuevos magistrados del Tribunal Supremo;*

Palabras Clave: *Tribunal Supremo de Justicia. Magistrados.*

Key words: *The following Paper refers to the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, N° 545 of July 20, 2017, issued in a trail without process nor parties developed in just 24 hours, declaring the nullity of future acts of the national Assembly electing new Justices of the Supreme Tribunal.*

Abstract: *Supreme Tribunal of Justice. Justices.*

I

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, integrada entre otros por tres de los llamados magistrados “expres” nombrados por la anterior Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 2015,¹ violando la Constitución y luego de haber terminado sus sesiones,² mediante sentencia N° 545 del 20 de julio de 2017,³ dictada en un “juicio de nulidad” en el cual no identificó el acto estatal alguno objeto del recurso, que se desarrolló sin proceso alguno en menos de 24 horas –sentando sin duda un record universal en materia de Justicia Constitucional–, firmada por jueces que decidieron en su propia causa; declaró prospectivamente, es decir, hacia futuro, la “nulidad absoluta” de eventuales decisiones que pudiera adoptar la Asamblea Nacional en relación con la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, incluidos tres de la misma Sala Constitucional en sustitución de los inconstitucionalmente designados; reiterando además, de pasada:

“que la Asamblea Nacional se encuentra en desacato y, en consecuencia, todos sus **actos son nulos de nulidad absoluta**, carentes de validez y eficacia jurídica derivada del permanente desacato en que se encuentra la Junta Directiva designada el 5 de enero de 2016, como se declaró en sentencia de esta Sala número 02 del 11 de enero de 2017.”⁴

¹ Véase el -Acuerdo mediante el cual se designa a los Magistrados y Magistradas Principales y Suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, en *Gaceta Oficial* N° 40.816 de 23 de diciembre de 2015.

² Véase los comentarios sobre esa designación en Allan R. Brewer-Carías, -El irresponsable intento de -golpe judicial-electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional -designación- de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la asamblea moribunda,- 4 de enero de 2016, en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACI%C3%93N%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf>.

³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201349-545-20717-2017-2017-0799.HTML>

⁴ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML> Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional controlado por el*

II

Debe recordarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisiones adoptadas durante el año 2016, había materialmente “abolido” la potestad de la nueva Asamblea Nacional que comenzó sus funciones el 5 de enero de 2016 luego de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015, para poder revisar sus propios actos legislativos y poder revocarlos,⁵ en particular, la mencionada inconstitucional decisión que había adoptado la Asamblea Nacional precedente nombrando inconstitucionalmente trece magistrados y veinte magistrados suplentes del mismo Tribunal.⁶

En un Estado de derecho, es inherente a los órganos del Estado ejercer su poder de auto-tutela respecto de actos dictados con anterioridad pudiendo revocarlos máxime cuando estimen que están viciados de nulidad absoluta. Ese poder de auto-tutela, por supuesto, lo tiene la Asamblea Nacional, en forma ilimitada cuando se trate de actos normativos como las leyes, las cuales como lo dice la Constitución, se derogan por otras leyes (art. 218; y en cuanto a los demás actos parlamentarios sin forma de ley, en todo caso en el cual se considere que los mismos fueron dictados violándose la Constitución Por ejemplo, tratándose de elección de autoridades en segundo grado, la Asamblea Nacional estima que se hizo violando la Constitución, está obligada a revocar la elección pues siendo inconstitucional, la elección daría lugar a una usurpación de funciones y sus actos en todo caso serían nulos de acuerdo con la misma Constitución (art. 138).

En base en ello, y a pesar de las inconstitucionales sentencias de la sala Constitucional pretendiendo despojar a la Asamblea Nacional de sus poderes y facultades para elegir os Magistrados cuya constitucional elección estaba pendiente, durante los últimos meses desarrolló el procedimiento constitucionalmente previsto para la selección y elección de los mismos, de manera que luego de conformado el Comité de Postulaciones Judiciales previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 64 ss.) y habiendo la Comisión parlamentara Especial designada desarrollado sus actividades para cumplir ese proceso, fijó para el día 21 de julio de 2017 la sesión especial de la Asamblea para hacer la elección y tomar juramento de los Magistrados electos.

III

Ante tal anuncio que era por supuesto del dominio público, el día 19 de julio de 2017, un ciudadano abogado, interpuso ante esta Sala Constitucional, un “*recurso de nulidad por inconstitucionalidad*” no de un acto específico como lo exige la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 25.1), sino “del proceso para la designación de Magistrados y Magistradas al Tribunal Supremo de Justicia que actualmente conduce la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, por afectación directa de interés colectivos (sic) y difusos debido a los efectos de este proceso”.

Ese mismo día miércoles 19 de julio se dio cuenta en Sala, se designó Ponente, posteriormente se resolvió resolver el asunto “en forma conjunta” y se pasó a dictar sentencia al día siguiente 20 de julio de 2017.

En los anales de la Justicia universal, no se registra ningún caso en el cual un juicio de nulidad por inconstitucionalidad de un acto o actuación parlamentaria se haya realizado en menos de 24 horas, es decir, de un día para otro. Ese récord universal, ahora lo tiene el Tribunal Supremo de Justicia en este caso.

En esas breves horas, que incluyeron las de la noche, durante las cuales algún sueño tuvieron que tener los siete magistrados que decidieron conjuntamente el asunto, los mismos estudiaron la pretensión del recurrente, un abogado que lo único que alegó fue que efectivamente la Asamblea Nacional desde el día 13 de

Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, pp. 116 y ss.

⁵ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -Un nuevo golpe contra la voluntad popular y la Constitución. La Sala Constitucional privó a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y redujo inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública (sentencia N° 9 de 1-3-2016),- en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2016/03/127.-BREWER.-NUEVO-GOLPE-CONTRA-LA-VOLUNTAD-POPULAR-SC-sent.-9-1-3-2016.pdf>

⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>. Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, -El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016,- en [http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EI%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EI%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf).

junio de 2017 había resuelto iniciar el procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo que estaba pendiente, procediendo a juramentar el respectivo Comité de Postulaciones Judiciales; que dicho Comité se había dirigido al Consejo Morán Republicano sobre la selección efectuada, y que había fijado para el 21 de julio de 2017 la sesión de la Asamblea para realizar la elección, con todo lo cual el recurrente consideró que se pretendía “usurpar las funciones jurisdiccionales” de los Magistrados que habían sido designados en diciembre de 2015; y que el procedimiento que había seguido la Asamblea era “irregular y caprichoso,” pues supuestamente no existía vacante alguna en el Tribunal, y el “procedimiento” que se había seguido era un “evidente fraude a la Constitución.”

Agregó el demandante que el Tribunal Supremo había desestimado diversas “solicitudes de impugnación de los cargos a magistrados” basándose en la apreciación de que en el procedimiento para su designación supuestamente se había cumplido con las formalidades de ley; y que la “pretensión de la Asamblea Nacional” podía “constituir usurpación de funciones públicas por parte de las personas que pretenden ocupar esos cargos, lo cual constituye el delito previsto en el artículo 213 del Código Penal venezolano.” Adujo además el recurrente que “de concretarse la designación se crearía un órgano judicial paralelo,” solicitando finalmente que se declarara con lugar el recurso intentado se declarara “con lugar la nulidad del procedimiento y de los actos efectuados por la Asamblea Nacional para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.”

La Sala sin mayores consideraciones, a pesar de que no se identificaba ningún acto estatal impugnado ni se denunciaba la violación de ninguna norma constitucional, declaró su competencia para conocer de la acción interpuesta, admitió la demanda y declaró la resolución de la misma como de mero derecho pues supuestamente, en la causa no se requería “la evacuación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento objetivo sobre la constitucionalidad o no de una actuación de un órgano del poder público (asamblea nacional),” y que era “de carácter urgente su resolución”.

IV

En las consideraciones para decidir, la Sala fue precisa en indicar que “el recurso de nulidad por inconstitucionalidad” se había incoado para “impugnar el proceso iniciado, el 13 de junio de 2017, por la Asamblea Nacional para la designación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, así como de todos los actos efectuados para tal designación,” sin identificarse acto alguno, “por ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 264 del Texto Fundamental” que establece la forma de selección y elección de los magistrados, y a normas no identificadas de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En particular, la Sala hizo mención al hecho de que a pesar de que el Consejo Moral Republicano había declarado “extemporánea la lista de candidatos preseleccionados por haberse producido ya esa selección en fecha 16 de diciembre de 2015,” sin embargo, la Asamblea había anunciado que el día 21 de julio de 2017, efectuaría la designación y juramentación formal de los nuevos Magistrados.

La Sala pasó entonces a decidir indicando que “tal y como lo alegara el recurrente, la Asamblea Nacional que se encuentra “en manifiesta expresión de no acatar la Constitución” y, específicamente, las sentencias de la Sala Constitucional números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016 de la Sala Electoral y las números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017,”⁷ designando un Comité de Postulaciones e iniciando un procedimiento de selección de magistrados, argumentando lo siguiente:

1. Que la Asamblea Nacional había desconocido que la oportunidad para la preselección de los Magistrados había precluido ya que designación y juramentación de los mismos se había producido el 16 de diciembre de 2015 (*Gaceta Oficial* N° 40.816 de 23 de diciembre de 2015), siendo “grotescamente extemporánea” la segunda selección como lo declaró el Consejo Moral Republicano.

⁷ Véase sobre todas esas sentencias los comentarios 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; 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 International. Caracas / New York, 2017.

La Sala además, destacó sobre la selección de los Magistrados que la misma ya se había pronunciado en sentencia N° 9 de 1 de marzo de 2016, en la cual había declarado “*la nulidad absoluta e irrevocable de los actos mediante los cuales la Asamblea Nacional pretende impulsar la revisión de procesos constitucionalmente precluidos de selección de magistrados y magistradas y, por ende, de las actuaciones mediante las cuales creó la comisión especial designada para evaluar tales nombramientos, así como de todas las actuaciones derivadas de ellas, las cuales son, jurídica y constitucionalmente, inexistentes,*”⁸ al estimar que se trata de un manifiesto fraude constitucional a la luz del contenido del artículo 265 de la Constitución.” Igualmente, la Sala citó su sentencia No 614 de 19 de julio de 2016, en la cual “declaró nulo el acto parlamentario por medio del cual los Diputados de la Asamblea Nacional aprobaron el informe presentado por la anulada “Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia.” La Sala, al referirse a estas sentencias, en forma totalmente inusual, concluyó diciendo que su “contenido se ratifican en esta oportunidad.”

2.- Y segundo que en el Tribunal Supremo de Justicia no se había producido falta absoluta de uno o de alguno de sus Magistrados, que hiciera necesaria “la ocupación del cargo vacante,” considerando que con ello se infringía lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano sobre el procedimiento de preselección de candidatos por dicho Poder. De ello dedujo la Sala que en el caso que decidía, el procedimiento estaba “viciado y los actos realizados en el mismo están en abierta contradicción con el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” al pretender “desconocer a las autoridades legítimamente designadas conforme a la Constitución y a las leyes de la República por la Asamblea Nacional mediante el acto legislativo publicado en Gaceta Oficial N° 40.816 de 23 de diciembre de 2015. Además, indicó la Asamblea Nacional, que “los actos de la Asamblea Nacional que se impugnan mediante la presente acción de nulidad,” sin que se hubiesen en ninguna parte identificado los mismos, “violan el principio constitucional de seguridad jurídica sobre el cual se fortalece un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.”

De lo anterior, la Sala Constitucional, en su sentencia, terminó declarando que “en el presente caso se ha pretendido usurpar funciones, se ha menoscabado la seguridad jurídica y la legalidad necesarias dentro del Estado de Derecho, al iniciar un procedimiento y dictar actos con el pretendido fin de designar nuevos Magistrados y Magistradas de este Alto Tribunal de la República, contrariando la certeza jurídica que debe tener la población del país sobre su ordenamiento jurídico, su fiel aplicación y las autoridades competentes y legítimamente designadas para tal efecto.”

V

Con base en todo lo anterior, la Sala Constitucional, “vista la infracción constitucional a los principios de legalidad, seguridad jurídica y orden público constitucional,” terminó declarando

“con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, en consecuencia, nulo el procedimiento iniciado por la Asamblea Nacional, así como todos los actos efectuados por ésta para la aludida designación. Así se decide.”

De nuevo, la Sala no declaró la nulidad de ningún acto jurídico específico dictado pro la Asamblea Nacional, ya que no se había impugnado ninguno, sino solo declaró la nulidad del procedimiento iniciado por la Asamblea. Para cuando esta decisión de publicó el 20 de julio de 2017, no se había dictado acto alguno por la Asamblea Nacional alguno sobre la materia, pasando entonces la Sala a referirse a que lo que había era una “amenaza inminente de la Asamblea Nacional de designar y juramentar a los ciudadanos seleccionados como presuntos magistrados a través del procedimiento declarado nulo por ser contrario a la Constitución (artículo 138),” advirtiendo entonces a:

“dicho órgano legislativo nacional así como a cualquier ciudadano que se pretenda investir del cargo de Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, que la usurpación de funciones está prevista como delito en el artículo 213 del Código Penal, y que los fallos no son de cumplimiento potestativo como se desprende de la Constitución (artículo 7), la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 1) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 3), sino que *son de obligatorio cumplimiento*, so pena de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento venezolano ha dispuesto para el respeto y mantenimiento del orden público constitucional y más aún para el respeto y preservación del sistema democrático.”

⁸ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>

La Sala Constitucional, así, lo que en definitiva hizo fue declarar nulos actos futuros que ni siquiera sabía si se iban a producir; y además, anticipadamente como lo observó Jesús Loreto, procedió a condenar “la designación y la asunción de los magistrados del TSJ, que todavía no ha ocurrido,” y lo hizo “sin siquiera haber escuchado lo que tienen que decir al respecto los que resulten seleccionados como Magistrados y terminan asumiendo como tales, lo que es la más clara violación al sagrado derecho a la defensa y al debido proceso.”⁹

VI

En todo caso, y paralelo a esas amenazas y condenas anticipadas, la Asamblea Nacional, como anunciado y reafirmando su autonomía como representación popular, efectivamente celebró el día 21 de julio de 2017 la sesión especial que se había convocado para considerar el Informe de la Comisión Especial, y elegir los 13 Magistrados principales y 20 magistrados suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales fueron debidamente juramentados.¹⁰

Frente a ello, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del Presidente de su Sala Constitucional el mismo día declaró que “los órganos civiles y militares deben ejecutar las acciones necesarias para enfrentar la supuesta usurpación de cargos en la que incurrieron los 33 jueces que designó como magistrados este viernes la Asamblea Nacional,” y, además, “ejecutar las acciones de coerción a fin de mantener la paz y la estabilidad,” agregando que:

“Al realizar ese acto írrito estamos en presencia de un delito en flagrancia permanente. Estos ciudadanos no solo cometieron el delito de usurpación de funciones, sino traición a la patria”, agregó el juez al referirse tanto sobre los nuevos magistrados y como sobre los parlamentarios que los nombraron.”¹¹

Lo insólito de la orden del Tribunal Supremo, es que haya sido dirigida a militares, lo que significa la aberrante sugerencia de someter a juicio militar a unos Magistrados por el solo hecho de haber sido electos como tales por la Asamblea Nacional, que es la única autoridad que representa al pueblo.

Y efectivamente, siguiendo esta insólita orden del Tribunal Supremo, el día siguiente 22 de julio de 2017, en violación de todas las reglas del debido proceso, las autoridades de policía comenzaron a detener sin fórmula de juicio a Magistrados designados por la Asamblea Nacional, como sucedió con el destacado profesor Ángel Zerpa Aponte,¹² quien, de seguidas, el 24 de julio de 2017, quedó privado de libertad por orden de una juez militar de Caracas.¹³

⁹ Véase Jesús Alejandro Loreto, -Sala Constitucional y su ‘Minority Report,- en *Prodavinci*, 21 de julio de 2017, en <http://prodavinci.com/blogs/sala-constitucional-y-su-minority-report-por-jesus-alejandro-loreto-c/>

¹⁰ Véase -Asamblea Nacional juramentó nuevos Magistrados del TSJ,- en *NotiEspartano.com*, 21 de julio de 2017 en <https://notiespartano.com/2017/07/21/asamblea-nacional-juramento-nuevos-ma-gistrados-del-tsj/>

¹¹ Véase la reseña: -TSJ: Órganos civiles y militares deben actuar contra magistrados ilegítimos. La Sala Constitucional aseguró que tanto diputados como los magistrados designados hoy incurrieron en delitos penados en la jurisdicción civil y en la castrense,- en *El Nacional*, 21 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/tsj-organos-civiles-militares-deben-actuar-contra-magistrados-ilegitimos_194477

¹² Véase la reseña: -Sebin detuvo a uno de los nuevos magistrados del TSJ. Los funcionarios se llevaron al magistrado de la Sala Político Administrativa, Ángel Zerpa Aponte,- en *El Nacional*, Caracas 22 de julio de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/sebin-detuvo-uno-los-nuevos-magistrados-del-tsj_194713

¹³ Véase la reseña en Rosalie Méndez Rea, -Magistrado Ángel Zerpa se declaró en huelga de hambre tras ser privado de libertad,- en *El Carabobeño*, 24 de julio de 2017, en <https://www.el-cara-bobeno.com/>

80. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 355 DE 16 DE MAYO DE 2017, MEDIANTE LA CUAL DECLARÓ SIN LUGAR LA IMPUGNACIÓN DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 2010

Revista de Derecho Público, N° 151-152, julio-dic. 2017,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 437-442

Resumen: *El comentario que sigue se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 355 del 16 de mayo de 2017, dictada rechazando las impugnaciones por razones de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la ley Orgánica del Poder Público Municipal.*

Palabras Clave: *Poder Público Municipal. Participación. Democracia representativa. Reforma Constitucional 2007.*

Abstract: *This Paper analyzes the decision of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice N° 355 of May 16, 2017, rejecting the judicial review challenges against the Organic Law on the Municipal Public Power.*

Key words: *Municipal Public Power. Participation. Representative Democracy. Constitutional Reform 2007.*

I

La Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010¹ fue una de las leyes orgánicas sancionadas a la carrera junto con el conjunto de Leyes Orgánicas del Poder Popular,² en unas breves sesiones extraordinarias celebradas en diciembre de ese año por la Asamblea Nacional que estaba concluyendo su mandato (2015-2010).

La misma fue objeto de cinco demandas de nulidad por inconstitucionalidad intentadas por diversos Alcaldes, Síndicos, funcionarios y ciudadanos residentes de varios Municipios del país, por diversos motivos, entre ellos, por el hecho de que el proyecto de ley no fue sometido a la consulta popular que establece el artículo 211 de la Constitución, máxime cuando por “los lapsos en que se llevó a cabo la reforma de la ley impedían a todo evento la realización de la consulta” (fines de diciembre de 2010).

En efecto, una de las pocas regulaciones sobre participación ciudadana directamente previstas en la Constitución (artículo 211) es la obligación directamente impuesta a “la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes,” para que “durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes,” consulten dichos proyectos no sólo “a los otros órganos del Estado,” sino “a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.” Más clara no puede ser la Constitución en la previsión sobre esta obligación en cuanto a los *sujetos obligados* (la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes); la *oportunidad de cumplimiento de la obligación* (durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes); los *sujetos a ser consultados* (los ciudadanos y la sociedad organizada); y el *objeto de la consulta* (oír su opinión sobre los proyectos).

¹ Véase en *Gaceta Oficial* Extra. 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101,

Sin embargo, en esta materia fue la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual, al conocer de las impugnaciones mencionadas contra dicha Ley Orgánica, simplemente eliminó la obligación de la consulta legal en la forma como fue establecida constitucionalmente, mediante sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017 (Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).³

En efecto, en el juicio, la única información recibida sobre la materia, según informó la sentencia, fue la contenida en un “Informe” sin fecha elaborado por el Presidente de la Comisión Permanente del Poder Popular y Comunicación de la Asamblea, indicando que entre julio y septiembre de 2010 se habían realizado unas “jornadas del proceso de consulta con las comunidades, organizaciones sociales e instituciones del Estado” de los proyectos de leyes del Poder Popular, reconociendo el Informe que “la propuesta de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se originó a partir de la consulta popular del bloque de Leyes del Poder Popular,” y que “en este caso [...] el objeto de la consulta no fue directamente la Ley reformada.”

Mas clara confesión de la violación de la Constitución era imposible. Sin embargo, el Juez Constitucional pasó a “revisar” la “estructura” del artículo 211, buscar en el diccionario de la real Academia de la Lengua Española el significado de las palabras “consultarán” y “oír,” para concluir en que la obligación constitucional impuesta al “cuerpo legislativo” se reduce a “que lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones a los posibles interesados,” aceptando, en contra de la Constitución, que:

“también se cumple con este extremo constitucional cuando el proceso de apropiación del fin y de los medios normativos para alcanzarlo, opera en una fase previa a la instancia legislativa, esto es, cuando como manifestación de su conciencia política, son los colectivos sociales los que diagnostican la necesidad de reformar artículos de leyes ya existentes para la coherencia en la mejor configuración del cuerpo social, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso de autos, dando fundamento a la desestimación de la denuncia planteada en este aspecto, aun cuando la consulta, desde la perspectiva jurídica –ya no política– sea un mecanismo auxiliar de consulta conexas al proceso legislativo, pero que no se mimetiza con la función legislativa.”

O sea, pura retórica con referencias dispersas sobre temas como la “conciencia política,” los “colectivos sociales,” y la “configuración del cuerpo social” para terminar la Sala Constitucional apreciando en este caso, “que la sociedad tuvo oportunidad de participar en la elaboración y corrección del proyecto de ley correspondiente,” eliminando así la obligación constitucional tan precisamente establecida en el artículo 211 sobre la forma y modo de la consulta popular de los proyectos de leyes, que no admite excepción y menos su relajamiento total al reducirla a que no se sabe quién, en el aparato del Estado, “lleve a cabo de la mejor manera la solicitud de opiniones.”

II

Pero la sentencia resolvió otros aspectos de la reforma denunciados por inconstitucionalidad, igualmente declarándolos sin lugar, entre los cuales estaba la denuncia de la violación del derecho al sufragio propio de la democracia representativa, con la previsión de la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales por los Consejos Comunales, eliminándose la elección directa universal y secreta que estaba prevista en la Ley anterior.

En efecto, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010 le asignó a los “voceros” de los Consejos Comunales regulados en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron “degradadas,” dejando de ser las “entidades locales” que son, conforme a la Constitución, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto; pasando a ser simples órganos “consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal” (art. 35), cuyos miembros, además, los deben

³ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120.HTML>. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, -Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario,- y José Ignacio Hernández G., -Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo,- en *Revista de Derecho Público*, N° 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respectiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos “de su respectivo consejo comunal” (at. 36).⁴

Ante la impugnación de estas previsiones por violación al derecho al sufragio y a la democracia representativa, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia N° 355 de 16 de mayo de 2017 (Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*), simplemente desconoció el pilar de la democracia en Venezuela, que es la democracia representativa y admitió la constitucionalidad de que los miembros de las Juntas parroquiales sean designados por los Consejos Comunales, en un proceso que ni siquiera es una elección de segundo grado, porque no hay elección de primer grado en la designación a mano alzada de los voceros de los consejos comunales.

Para pretender privilegiar la participación sin sufragio sobre la participación mediante el sufragio, la Sala Constitucional en la retórica “participativa” vacía que ha utilizado en muchas de sus decisiones, en esta sentencia N° 355 afirmó que el “derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural,” supuestamente se ha establecido:

“no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de las ciudadanas y ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional, lo que implica una nueva concepción de desarrollo integral que asume la preeminencia de los valores humanos y privilegia la participación de la población en el proceso de desarrollo económico y social.”

Y por ello, según la Sala, supuestamente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010,” estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, [...] a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución;” como si en la Constitución de 1999 no se estableciera como pilar del sistema político precisamente la “democracia representativa.”

No es que el derecho a la participación política previsto en el artículo 62 de la Constitución se limite a la participación mediante el sufragio conforme al artículo 63 del mismo texto constitucional; sino que tratándose de pretendidas entidades políticas territoriales como son los Consejos Comunales, la designación de sus autoridades no puede realizarse en otra forma que no sea mediante elección por sufragio universal directo y secreto; por lo que, contrario a lo resuelto por la Sala en la sentencia, el artículo 35 de la Ley Orgánica impugnada si estaba viciado de inconstitucionalidad, en lo que respecta a la designación (mal llamada “elección” de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, lo que efectivamente sí quebranta el derecho constitucional al sufragio.

III

Otra de las denuncias formuladas respecto de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, fue en relación con las previsiones de la misma que establecen la transferencia de las competencias municipales hacia las Comunas, que la Ley Orgánica del Poder Popular concibió como la “célula fundamental” del Estado Comunal (artículo 15.2), en el sentido de “espacio socialista que como entidad local es definida por la integración de comunidades vecinas,” donde los ciudadanos, en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia” (art. 1).

La calificación de las Comunas como “entidades locales” se hizo ignorando que conforme a la Constitución (arts. 169, 173), esta expresión de entidad local sólo se puede aplicar a las entidades políticas del Estado en las cuales necesariamente tiene que haber “gobiernos” integrados por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169) que, además, tienen que ser “siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.” Conforme a la Constitución, por tanto, no puede haber “entidades locales” con gobiernos que no sean democráticos en los términos mencionados, y menos por “representantes” designados por otros órganos públicos.

⁴ Adicionalmente, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Municipal de 2010, decretó la cesación- en sus funciones de -los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarías, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes- (Disposición Derogatoria Segunda.

Todo esto, sin embargo, fue ignorado por el Juez Constitucional, al resolver los recursos de inconstitucionalidad mencionados, considerando para justificar el vaciamiento de competencias municipales previsto en las Leyes Orgánicas del Poder Popular, sobre todo hacia entidades que no tienen gobierno democrático representativo (hacia las cuales no puede hablarse de “descentralización” como lo hace la sentencia, y menos cuando están controladas por el poder central, como sucede con los Consejos Comunales); que las normas constitucionales en materia municipal “tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado,” lo que por lo visto, a juicio de la Sala, permitiría dejar al Municipio, al final, como una entequequía vacía, a pesar de su rango constitucional y su carácter de unidad política primaria y autónoma en la organización nacional.

Por lo demás, la Sala Constitucional en esa sentencia, pretendió fundamentar el vaciamiento de las competencias municipales y el desdibujamiento del carácter de unidad política primaria del Municipio, en el principio de la participación, ignorando que para que esta se dé, es necesario que haya descentralización política y esta solo puede existir con entes territoriales autónomos democráticos y representativos. Pretender que hay participación ciudadana en agencias del Poder Central controladas por el partido de gobierno denominadas Consejos comunales, es una falacia inaceptable. Eso es movilización popular pero no participación política.

IV

Otro de los motivos de impugnación de las leyes Orgánicas del Poder Popular (nunca decididas) y de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, fue el alegato de que, con dichas leyes, la Asamblea nacional en violación de la Constitución había procedido a implementar la reforma constitucional de 2007, que fue rechazada por el pueblo.

La Sala Constitucional, sin embargo, contra de toda lógica y de la propia redacción de las normas, consideró, al contrario, que las mismas no se podían considerar como una “reedición” de la misma, concluyendo en la mencionada sentencia N° 355 de 16 de mayo de 2017, contra la realidad, que:

“no existe correlación alguna entre el proyecto de reforma constitucional de 2007 y las modificaciones efectuadas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 2010, en cuanto a la reedición de normas, textual o incidentalmente; tampoco se constata coincidencia alguna, en términos coextensivos, entre ambos instrumentos que denoten identidad en sentido, propósito o finalidad que determinen que la reforma de Ley realizada en 2010 estipule la inserción de materias o preceptos que hayan sido propuestos y sometidos a la aprobación popular llevada a cabo en el año 2007.”

La Sala Constitucional, en su análisis, entró a dilucidar específicamente si la figura de “la intervención los grupos comunales dentro de la organización administrativa del Estado, incorporadas en un proyecto de reforma constitucional cuya aprobación haya sido rechazada, implica que éstas no pueden ser incluidas posteriormente en la estructura organizacional de la Administración” mediante ley, concluyendo, al citar una sentencia precedente (N° 2013/ 2014) que “el rechazo” de un proyecto de reforma constitucional no puede considerarse que “se constituya en una decisión vinculante de la misma entidad jurídica atribuible a la aprobación del mismo.” Considerando que:

“no puede restringirse las potestades constitucionales establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de ordenar la organización interna de la Administración Pública Nacional conforme a lo establecido en el artículo 236.20 del Texto Constitucional, ya que lo contrario conllevaría afirmar que la consecuente desaprobatoria de un proyecto constitucional sobrellevaría a la limitación de las facultades constitucionales, lo cual envolvería adicionalmente a la disminución de sus funciones a una sanción o limitación no consagrada en la Carta Magna.”

Y así, consideró la Sala que la incorporación en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de los aspectos de la rechazada reforma constitucional, se hizo “por aplicación directa de los mandatos de la Constitución de 1999 y no por identidad con el proyecto sometido a votación popular en el año 2007,” considerando que lo que había ocurrido sería un “cambio de rango dentro del ordenamiento jurídico, cuando se negó la elevación de la normas y las materias al rango constitucional,” que luego se dictaron mediante ley. De lo que resultaría entonces la conclusión de que la reforma constitucional habría sido un ejercicio inútil porque no era necesario reformar la Constitución para lo que entonces se propuso, lo que supuestamente podía regularse por Ley, porque ya estaba en las atribuciones constitucionales del legislador. Ambas premisas son falsas, y basta para constatarlo, por ejemplo, que el carácter del Municipio como unidad política primaria y la creación de nuevas entidades políticas locales son de reserva constitucional, y no pueden reformarse mediante Ley como lo hizo la ley Orgánica impugnada.

Sin embargo, la conclusión de la Sala fue tajante al desestimar los alegatos de los Municipios recurrentes:

“la mera invocación de los proyectos contenidos en las normas sometidas a consideración en la propuesta efectuada en el año 2007 no constituye fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las reformas legales que hayan sido promulgadas posteriormente, ya que para ello también es necesario verificar si las modificatorias realizadas al ordenamiento legal tienen base o no en la Constitución de 1999.”

2018

81. EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ALGUNAS EXCEPCIONES CONTRASTANTES: COLOMBIA, PERÚ, VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 155-156, julio-dic. 2018,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 297-319

Resumen: *El presente estudio tiene por objeto analizar, desde una perspectiva comparada, el principio de la intangibilidad de las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus excepciones, establecidas en la relación entre el principio de la seguridad jurídica y el de la garantía del debido proceso. Se analizan en consecuencia, conforme a las experiencias de los Jueces Constitucionales de Colombia, Perú y Venezuela, los casos de nulidad de sentencias, o de aclaración o subsanación de errores de las mismas, e incluso los casos de inconstitucionales reformas o modificación de sentencias por vía de ampliación de las mismas.*

Palabras Clave: *Tribunales Constitucionales. Sentencias; Intangibilidad de sentencias; Cosa juzgada; Sentencias. Nulidad.*

Abstract: *This study has the purpose of analyzing from a comparative perspective, the intangible character of the Constitutional Courts Judgments and its exceptions, established as a consequence of the relation between the principle of legal confidence and the due process of law guarantee. In particular, it analyses the cases decided by the Constitutional Tribunals of Colombia, Peru and Venezuela, in which Judgments have been annulled, its content clarified, or its errors corrected, and even have been unconstitutionally reformed or modified by means of supposedly clarifying its contents.*

Key words: *Constitutionals Courts. Judgments; Judgments. Intangibility; Judgments. Authority of final decision; Judgments. Nullity.*

INTRODUCCIÓN

Una de las garantías constitucionales de más importancia en el mundo contemporáneo, y por supuesto, en los Estados democráticos, es el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, uno de cuyos componentes es la garantía y derecho constitucionales a la intangibilidad de las sentencias.

Se trata, en general, del principio insertado en todos los Códigos de Procedimiento Civil de los países, como es el caso, por ejemplo, del Código venezolano cuando establecer en su artículo 252, que “después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.” A ello se refiere, por ejemplo, específicamente Código Procesal Constitucional del Perú, en su artículo 121 al establecer el “carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional.”

Por tanto, respecto de los Jueces Constitucional, puede decirse que rige el principio de la intangibilidad de sus propias sentencias, máxime cuando son los garantes por excelencia, precisamente del derecho a la tutela judicial efectiva, las cuales, conforme a los principios mencionados del proceso, no podrán ser revisadas por el propio Juez Constitucional.

I. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO

Ese principio, que es uno de los pilares del sistema judicial en el mundo moderno, sin embargo, tiene una serie de excepciones, que son la posibilidad de que el juez pueda aclarar o ampliar sus sentencias; o que pueda anularlas o invalidarlas.

En primer lugar, está la posibilidad de que el juez puede, a solicitud de parte, como lo dice el mismo artículo 121 del Código Procesal Constitucional del Perú, tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, *puede aclarar* algún concepto o *subsana cualquier error material u omisión* en que hubiese incurrido,” mediante resoluciones que “deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.”

En sentido similar, pero con carácter general, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil venezolano le permite al juez, también a solicitud de parte:

“aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente.”

Independientemente de los lapsos procesales establecidos, que por lo perentorio podrían considerarse como no razonables,¹ lo importante de la norma es que regula dos supuestos distintos que permiten al juez intervenir excepcionalmente en su propia sentencia, una vez dictada, que son la aclaratoria y la ampliación.

En cuanto a la aclaratoria, la norma precisa que se trata de en cuanto a puntos dudosos, “salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia;” sin embargo, en cuanto a la ampliación, concepto no está desarrollado en la norma, lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial tradicional en Venezuela a considerarla siempre como 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.”²

Por tanto, la ampliación no significa que se puedan realizar modificaciones de lo establecido en el fallo, sino que son “adiciones o agregados que dejan incólumes los dispositivos ya consignados,” pues “su causa motiva obedece a un *lapsus* o falta en el orden intelectual, en el deber de cargo del magistrado, y su causa final es la de inteligenciar un razonamiento o completar una exigencia legal.”³ En otras palabras, la “ampliación tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, *añadiendo los aspectos omitidos en ella en razón de un error involuntario del tribunal*,” y en ningún caso “significa que *pueda versar sobre asuntos no planteados en la demanda*, o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.”⁴

¹ Véase sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en N° 48 del 15 de marzo de 2000, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/48-150300-99638.HTM>. Véase igualmente, sentencia N° 124 de la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 2001, (Caso: *Olimpia Tours and Travel, C.A.*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00124-130201-11529.htm>. Dicha decisión se citó, también en la sentencia N° 209 de la Sala de Casación Social del 25 de febrero de 2016, (Caso: *Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/185475-00209-25216-2016-2013-1575.HTML>.

² Véase La Roche, Ricardo Henríquez. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, p. 267. Así lo expuso R. Henríquez La Roche, quien citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992, en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386.

³ Véase sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Extensión Territorial Puerto Ordaz, de 22 de noviembre de 2010 <http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/NO-VIEMBRE/1928-22-FP11-R-2010-000342-.HTML>. Co-mo también lo expresó R. Marcano Rodríguez, que -La ampliación no supone, como la aclaración, que el fallo sea oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien insuficiente o incompletamente determinativo de las soluciones dadas al problema jurídico planteado con la acción y la excepción (...), la ampliación no es remedio de los vicios congénitos del fallo, sino que, por el contrario, presupone la existencia de una decisión válida, que ha resuelto todos y cada uno de los puntos del litigio de acuerdo con el pro y el contra, pero que, en su dispositivo hay una insuficiencia de generalización, de determinación, de extensión en el modo de fijar el fin y el alcance de algunos o algunos de los puntos debatidos.- Véase en *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo III, Editorial Bolívar, Caracas, 1942, p. 75-76.

⁴ Véase La Roche, Ricardo Henríquez, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009, p. 267. Véase igualmente sentencia de la Sala Político Administrativa del

En segundo lugar está la posibilidad de que las sentencias, una vez definitivamente firmes, puedan ser invalidada o anuladas por el propio juez que la dictó, lo que se regula en los propios Códigos de Procedimiento Civil, como por ejemplo lo prevé el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, al indicar que las sentencias ejecutorias, o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, solo pueden ser objeto de recurso extraordinario de invalidación, cuando se han dictado en violación a las garantías del debido proceso, y en particular, conforme a las siguientes causales de invalidación que se enumeran en el artículo 328 del mismo Código:

- “1) La falta de citación, o el error, o fraude cometidos en la citación para la contestación.
- 2) La citación para la contestación de la demanda de menor, entredicho o inhabilitado.
- 3) La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia, declarada dicha falsedad en juicio penal.
- 4) La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del recurrente; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo.
- 5) La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que, por no haberse tenido conocimiento de la primera, no se hubiere alegado en el juicio la cosa juzgada.
- 6) La decisión de la causa en última instancia por Juez que no haya tenido nombramiento de tal, o por Juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal.”

En sentido similar, en Colombia, el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 que regula la Jurisdicción Constitucional, luego de establecer el principio de que “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno,” sin embargo agrega que:

“La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso.”

Fuera de estas causales, que son todas violaciones al debido proceso, y que en general se prevén expresamente en los Códigos de Procedimiento Civil, que son también en general de aplicación supletoria en los procesos constitucionales, ninguna otra causal podría invocarse para solicitar la nulidad o invalidación de las sentencias.

II. LA ANULACIÓN DE LAS SENTENCIAS POR PARTE DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Plantearse la anulación de sentencias de los tribunales constitucionales, sin duda, es plantearse la necesidad de ponderar entre dos derechos y garantías constitucionales: por una parte, la garantía de la cosa juzgada y la intangibilidad de las sentencias del Juez Constitucional en aras de la seguridad jurídica; y la garantía del debido proceso en aras de asegurar la tutela judicial efectiva.

Esta disyuntiva, que el Juez Constitucional debe resolver en cada caso ponderando la prevalencia de una u otra garantía, por supuesto, debe hacerlo teniendo en cuenta también como cuestión de principio, como lo ha expresado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, que “repugna al Estado Constitucional y al constitucionalismo que quede indemne, y en condición de incuestionable, cualquier pronunciamiento jurisdiccional que sea írrito, arbitrario, fraudulento o carente de motivación.”⁵

De allí la posibilidad desarrollada en las Jurisdicciones Constitucionales de que las sentencias de los Tribunales Constitucionales puedan ser anuladas por el mismo Tribunal en casos de violaciones graves al debido proceso, como sucede en Colombia y Perú.

Tribunal Supremo de Justicia, N° 2676 del 14 de noviembre de 2001, (Caso: VENEVISIÓN) en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02811-271101-14950.HTM>. En el mismo sentido se pronunció la misma Sala Político Administrativa en sentencia N° 570 del 2 de junio de 2004 en la cual sostuvo, respecto de la ampliación, que dicha figura está prevista con miras a subsanar omisiones de la sentencia pronunciada, corrigiendo la falta de congruencia del fallo con la pretensión o con la defensa en algún punto específico, es decir, es necesario para su procedencia que la sentencia sea insuficiente en cuanto a la resolución del asunto a que se contraen las actuaciones. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00570-020604-2003-0971.HTM>.

⁵ Véase Espinosa Saldaña, Eloy. -El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones,- en *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Cosa Juzgada Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, N° 9 Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, pp. 25, 29, 41 y 51. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

1. *El caso de la Corte Constitucional de Colombia, actuando en la Sala Plena, anulando sentencias de sus propias Salas por violación al debido proceso*

La institución del recurso de revisión por razones de constitucionalidad que se ha desarrollado en los países que han adoptado un sistema de control concentrado de la constitucionalidad por razones de constitucionalidad, es decir, de violación del orden constitucional y del debido proceso, en general se refiere a las sentencias dictadas por tribunales de instancia. Una excepción se encuentra en el caso venezolano donde por la peculiar configuración de la Jurisdicción Constitucional en una de las Salas del Tribunal Supremo (Sala Constitucional), la misma ha extendido su ámbito de revisión constitucional a las sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo.

Este principio, sin embargo, ha encontrado excepciones en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, pues conforme al artículo 49 del decreto 2067 de 1991, si bien se establece el principio de que “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno,” sin embargo se agrega que:

“La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso.”

Con ello, en el ordenamiento colombiano se regula la posibilidad de que la propia Corte Constitucional anule sus sentencias “solo por irregularidades que impliquen violación al debido proceso,” habiéndose desarrollado una rica jurisprudencia sobre la materia, especialmente en los casos de nulidad de sentencias dictadas por Salas de Revisión de Tutelas de la Corte, por el Pleno de la misma.

Con base en ello, la Sala Plena ha expresado que este proceso de nulidad solo procede en presencia de “eventos excepcionales circunscritos, en todo caso, a la afectación grave y trascendental del debido proceso,” no constituyendo “una nueva instancia ni un recurso a partir del cual debatir o censurar nuevamente el fondo de la controversia” (Auto 181 de 12 de julio de 2007).

En cuanto a las vulneraciones cualificada del debido proceso que justifican la nulidad, la Corte Constitucional relacionó, por ejemplo, en auto 196 de 2006, los siguientes: (i), cuando una Sala de Revisión modifica o cambia el criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijado por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica, considerándose ello como un desconocimiento del principio del juez natural y vulneración del derecho a la igualdad; (ii) Cuando se presente una incongruencia entre la parte motiva y resolutive del fallo, generando incertidumbre con respecto a la decisión tomada. Esto ocurre, en los casos en que la decisión es anfibológica o inteligible, cuando se contradice abiertamente o cuando carece totalmente de fundamentación en la parte motiva; (iii) Cuando en la parte resolutive se profieran órdenes a particulares que no fueron vinculados al proceso y que no tuvieron la oportunidad procesal para intervenir en su defensa; (iv) Cuando la Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de cierto asunto, caso en el cual lo que se presente de parte de ésta una extralimitación en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por la Constitución y la ley.”

En definitiva, conforme a la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, resumida en el auto 181 de 12 de julio de 2007, de lo que se trata al conocer de las solicitudes de nulidad, es de adoptar una providencia sobre la invalidez alegada, por ejemplo, por falta de competencia debido al cambio de la jurisprudencia; o por el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional no siéndole dado a la Corte entrar a corregir los argumentos de la sentencia, o realizar un nuevo análisis probatorio.

En definitiva, la nulidad solo es posible cuando la irregularidad que se invoque como lesiva del debido proceso, sea manifiesta y grave constituyendo un palmario desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

2. *El caso de la Corte Constitucional de Colombia, anulando sus propias sentencias por violación al debido proceso*

La Corte Constitucional de Colombia, sin embargo, no sólo ha desarrollado su doctrina jurisprudencial admitiendo la posibilidad de anular las sentencias de sus Salas de revisión de Tutelas por violación al debido proceso, sino también respecto de sus propias sentencias.

En una de las últimas decisiones adoptadas en tal sentido, la Corte Constitucional conoció de la solicitud de nulidad de la sentencia C-853-13 de fecha 27 de noviembre de 2013, mediante la cual se había anulado (declarado exequible) por inconstitucionalidad el artículo 2 del Decreto Ley 2090 de 2003 por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las

condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades.”⁶ El solicitante de la nulidad consideró que

“la Corte, al declarar la exequibilidad de la norma demandada, incurrió en unas irregularidades que condujeron a la violación del debido proceso por inaplicación de los principios de no regresividad y progresividad en materia pensional y, por desconocer el precedente jurisprudencial sobre la protección constitucional de las expectativas legítimas en dicha materia.”

Aun cuando la solicitud se denegó mediante auto N° 045/14 de 26 de febrero de 2014,⁷ la Corte ratificó su potestad para anular sus propias decisiones, partiendo de lo establecido en el artículo 49 del decreto 2067 de 1991 que rige los procesos constitucionales, indicando lo siguiente como criterio general sobre el tema de la nulidad de sus propias sentencias, en el sentido que:

“De manera reiterada y pacífica, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las decisiones judiciales, al ser una clara manifestación del poder de administrar justicia y en mayor grado, de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales del control, en aquellos casos excepcionales en que se contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso.

En ese sentido, el incidente de nulidad de las sentencias de la Corte proferidas en su competencia de control abstracto o en sede de revisión, se presenta como un instrumento que media entre los efectos de la cosa juzgada constitucional, –que obliga a que una vez el fallo se encuentre ejecutoriado sea inmodificable y tenga efectos en el ordenamiento jurídico–; y la necesidad de garantizar la eficacia del derecho fundamental al debido proceso –cuando es afectado por la decisión de la Corte–” (Auto 353 de 2010).”

Ahora sobre las solicitudes de nulidad que se presentan luego de dictada la sentencia, la Corte Constitucional en esta sentencia N° 045/14 de 26 de febrero de 2014, reiteró la doctrina sobre la nulidad de sentencias sentada en el caso de nulidad de las sentencias de revisión (Autos 031A de 2002, 002A, 063 de 2004 y 131 de 2004, 008 de 2005, 042 de 2005 y 016/06), indicando que ello:

“es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurren “situaciones jurídicas *especialísimas y excepcionales*, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera *indudable y cierta*, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, *con notoria y flagrante vulneración del debido proceso*. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar.”

Siendo por tanto el presupuesto material fundamental para que proceda la declaratoria de nulidad que la afectación del debido proceso por parte de la Corte Constitucional sea “ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Autos 031 A/02, 283 de 2012, 082 de 2012, y 022 de 2013).”

En definitiva, la Corte Constitucional concluyó las Consideraciones para decidir en su Auto 045/14, indicando que

“la solicitud de nulidad de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en su competencia de control abstracto, es un trámite de configuración jurisprudencial directamente relacionado con la protección del derecho al debido proceso, que se caracteriza por su naturaleza excepcional y el estricto cumplimiento en los requisitos de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta y palpable del derecho fundamental mencionado.”⁸

Y en cuanto a la nulidad concreta que se había solicitado respecto de la sentencia C-853/13 de 27 de noviembre de 2013, la Corte Constitucional estimó que lo alegado en ese caso no se trataba “de una vulneración del debido proceso, sino de una inconformidad con la decisión adoptada, fundamentada en la interpretación que a juicio de la actora es la adecuada sobre los principios de progresividad y no regresividad en derechos sociales,” y en especial en la consideración de las actividades de alto riesgo regladas en la Ley anulada.

Por último, la Corte Constitucional ratificó su criterio en el sentido de que:

⁶ Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-853-13.htm>

⁷ Véase en <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-496599818>.

⁸ Véase en <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-496599818>

“la solicitud de nulidad no es un recurso de reconsideración, ni una nueva instancia procesal para que la Sala Plena reformule las razones que dieron lugar a la decisión atacada, y, menos aún, para presentar nuevos cargos de inconstitucionalidad tendientes a reabrir el debate jurídico que finalizó con la decisión acusada.”

3. *El caso del Tribunal Constitucional del Perú, anulando sus propias sentencias por violación al debido proceso*

En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional también ha desarrollado jurisprudencialmente su potestad de anular sus propias sentencias en caso de graves violaciones al debido proceso, a pesar de que la Constitución establezca en general el principio de la intangibilidad de las sentencias al disponer en su artículo 139.2 que ninguna autoridad “puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada,” y prever en su artículo 139.13, la “prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.”

En efecto, en el conflicto entre el principio de la seguridad jurídica derivado de la cosa juzgada y la garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva, en muchas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú ha anulado sus propias sentencias en casos en los cuales ha invocado la violación del debido proceso.⁹ En tal sentido, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera ha citado, por ejemplo, los siguientes casos: por errores de hecho al decidir (RTC Exp. N° 04324- 2007-AC/TC. Nulidad, 3 de octubre de 2008; RTC Exp. N° 00978- 2007-AA/TC, de fecha 21 de octubre de 2009; RTC Exp. N° 06348- 2008-AA/TC Resolución (RTC 8230-2006-AA/ TC; RTC Exp. N° 00705- 2011-AA/TC. Nulidad, de fecha 3 de agosto de 2011), de 2 de agosto de 2010); por omisiones en evaluar pruebas (RTC Exp. N° 4104-2009- AA/TC, 10 de mayo de 2011); por no existir congruencia entre los fundamentos y lo solicitado en la demanda (RTC Exp. N° 2023- 2010- AA/TC. Nulidad, 18 de mayo de 2011); por no valorar un documento crucial para la decisión del caso (RTC Exp. N° 2046-2011- HC/TC. Reposición, 7 de setiembre de 2011); por haber tomado en cuenta como prueba un documento que de modo expreso había sido declarado nulo en una anterior sentencia del Tribunal Constitucional (RTC Exp. N° 02135-2012- AA/TC. Nulidad, de fecha 6 de enero de 2014).¹⁰

Resumiendo la orientación jurisprudencial que deriva de estas sentencias, Eloy Espinosa-Saldaña ha señalado, con razón, que efectivamente, si bien como lo indica la Constitución del Perú, “el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable,” sin embargo, ello es así “siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales;”¹¹ considerando que

“no existe oposición a la posibilidad de que un órgano judicial declare la nulidad de sus propias resoluciones írritas, si estas son precisamente en aras de que el Derecho brinde razonable cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad; reparando de ese modo lo indebidamente dispuesto en caso de vicios o errores graves.”¹²

Ahora bien, el caso más relevante de declaración de nulidad de una sentencia por el Tribunal Constitucional del Perú es el resuelto por la sentencia STC Exp. N° 02315-2012-PA/TC (caso Luis Alberto Cardoza Jiménez) de 6 de enero de 2014,¹³ mediante la cual se anuló una sentencia precedente del Tribunal de 21 de agosto de 2013, por basarse en un medio probatorio, cuando el mismo había sido declarado inválido en decisión anterior (STC Exp. N° 2698-2012-PA/TC). En el voto dirimente (Eloy Espinosa Saldaña Barrera) de la decisión, se señaló que:

⁹ Véase en tal sentido lo expuesto por Sosa Sacio, Juan Manuel. -La potestad del Tribunal Constitucional para declarar nulas sus resoluciones con incorrecciones graves, dañosas e insubsanables, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9, Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, p. 59 ss. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf. Véase, además, Luis Castillo Córdova (Coordinador): *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04317-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*. Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, N° 10, Palestra, Lima 2015; y -¿Puede el TC anular sus propias sentencias?», en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2015

¹⁰ Véase Espinosa Saldaña, Eloy. -El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones,- en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9 Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, pp. 33-35. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

¹¹ *Idem.*, p. 42

¹² *Idem.*, p. 47

¹³ Véase en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02135-2012-AA%202.pdf>

“no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella en la cual se considere que la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada alcanza a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. Es más, se anota cómo en rigor en esos casos lo que existe son las denominadas cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta.

Y es que, si bien en principio el contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo del asunto controvertido constituye cosa juzgada, y por ende, es inmutable e inmodificable, aquello no es predicable de aquellas sentencias en las cuales se haya incurrido en graves irregularidades, o en supuestos de manifiesta arbitrariedad, violatorios de derechos fundamentales o de principios constitucionales. En este escenario, no es admisible ofrecer consideraciones meramente formales, como la de una lectura literal de lo recogido en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional peruano, para sostener la validez de decisiones materialmente injustas. Apelar a esa justificación implicaría, entre otros factores, desconocer que el principio de legalidad, tal como tradicionalmente se le comprendió, se ha ido transformando en uno de juridicidad en sentido amplio, donde la validez de normas y actos jurídicos no depende únicamente de lo regulado en disposiciones legales, sino también del conjunto de bienes materiales relevantes existentes, destacando entre ellos los valores, principios y derechos constitucionales.”¹⁴

En el caso decidido, en definitiva, se anuló la sentencia cuestionada porque el Tribunal Constitucional encontró “un vicio extremadamente grave en la valoración de los medios probatorios, al considerarse indebidamente como válido un documento previamente ya anulado por el propio Tribunal Constitucional.”¹⁵

En todos estos casos de declaratoria de nulidad de sentencias, la regla general que las motiva han sido vicios graves del procedimiento, violatorios del derecho a la defensa o en general al debido proceso, en cuyos casos, se ha estimado que la única forma de reparar las garantías violadas es que el Tribunal Constitucional anule la decisión abiertamente contraria a derecho.

IV. LA ANULACIÓN DE SENTENCIAS POR LOS JUECES CONSTITUCIONALES CUANDO HAN SIDO DICTADAS SIN LOS VOTOS LEGALMENTE REQUERIDOS PARA QUE HAYA SENTENCIA

Otro supuesto de revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional por la propia corporación se refiere a los supuestos en los cuales se alegue como fundamento de la solicitud de nulidad, que la sentencia dictada carecía de los votos necesarios para constituirse en sentencia del Tribunal.

1. Casos ante la Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional de Colombia, en efecto, ha admitido como una de las causales de nulidad de sus propias sentencias, como lo expresó en el auto 196 de 2006, “Cuando las decisiones no sean tomadas por las mayorías legalmente establecidas,” lo que “ocurre, en los casos en que se dicta sentencia sin que haya sido aprobada por las mayorías exigidas en el Decreto 2067 de 1991, el Acuerdo N° 05 de octubre 15 de 1992 y la Ley 270 de 1996.”

En esos supuestos de “la aprobación del fallo por mayoría no calificada legalmente,” que la Corte Constitucional de Colombia considera como “irregularidad que vulnera las garantías del debido proceso” (Auto 181 de 12 de julio de 2007), evidentemente que de lo que se trata es de la inexistencia de la sentencia, pues si la misma se ha pronunciado sin los votos o mayoría necesaria de acuerdo con la Ley, no puede considerársela como tal.

En el Auto 360-06 de 6 de diciembre de 2006, que dictó la Corte Constitucional de Colombia con ocasión de la solicitud de nulidad de una sentencia de la misma Sala Constitucional (N° C-355 de 2006 que había declarado la constitucionalidad del aborto), la Corte precisó sobre los casos de nulidad cuando la misma tiene origen en la sentencia misma, que:

“aunque las normas constitucionales ni el decreto 2067 de 1991 la prevén, en aplicación directa del artículo 29 de la Carta Política, la Corte ha considerado la posibilidad de su ocurrencia para aquellos casos en que al momento mismo de votar se produce el desconocimiento del debido proceso, circunstancia que se circunscribe a los eventos de violación del principio de publicidad, falta de quórum o de mayoría exigidos por la ley, y de violación del principio de cosa juzgada constitucional, casos en los que la nulidad debe

¹⁴ Véase en Eloy Espinosa Saldaña, -El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones,- en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9 Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, pp. 51 y 52. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revistaperuanader_consti_9.pdf

¹⁵ *Idem.*, p. 55.

alegarse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia. Lo anterior no significa que la opción de solicitar la nulidad pueda llegar a convertirse en una nueva oportunidad para reabrir el debate o examinar controversias que ya fueron concluidas.”

En el caso, precisamente se planteó como causal de nulidad, como vicio del consentimiento, que la sentencia solo había sido votada por tres magistrados, que no hacían mayoría. La Corte, sin embargo, en la sentencia C-360 de 2006, declaró sin lugar la solicitud de nulidad, conforme a los siguientes argumentos:

“La Corte deberá denegar la nulidad de la sentencia C-355 de 2006 en cuanto refiere a esta causal alegada, pues carece de todo fundamento. Se tiene que el magistrado Araujo Rentería fue co-ponente de la providencia y participó por ende de forma activa en las discusiones respectivas en Sala Plena, en tal medida y por obvias razones conocía el proyecto en consideración y con su presencia en las sesiones podían conocer también el estado del debate, razón por la cual no es dable afirmar que al momento de votar la decisión incurrió en un vicio del consentimiento, porque según lo arguye la incidentante, el magistrado creyó votar algo diferente a lo puesto en consideración. Además, el magistrado Jaime Araujo respecto de la sentencia aclaró su voto más no lo salvó, y es a esa manifestación a la que objetivamente hay que atenderse. Basta con señalar sólo uno de los apartes de la aclaración de voto en el cual indicó: “Por consiguiente, el suscrito Magistrado está de acuerdo con la parte Resolutiva de la presente Sentencia, sin embargo, el entendimiento y algunos de los argumentos de la parte motiva debieron ser sustentados de otra manera”. Así entonces, no existió un vicio del consentimiento por parte del co-ponente de la sentencia al momento de votar. Reitera la Corte entonces que, en virtud de la estabilidad de los fallos de este Tribunal y del carácter excepcional de la nulidad de los mismos, el vicio alegado debe ser claro, cierto y ostentar una entidad tal que indudablemente afecte el derecho al debido proceso de manera ostensible e intolerable. Ello obviamente no ocurre en este caso, pues la supuesta equivocación por parte del magistrado Araújo Rentería no se evidencia de sus propias manifestaciones.”

2. *Casos ante el Tribunal Constitucional del Perú*

De lo anterior resulta, por tanto, que para que haya sentencia de cualquier tribunal y se considere como dictada, la misma debe haber sido emitida y firmada por el juez en ejercicio, con competencia para ello; y tratándose de un tribunal colegiado, debe haber sido aprobada y firmada por la mayoría exigida en la legislación que regula el ejercicio de sus funciones. Es el caso, en general, de los Tribunales o Cortes Constitucionales que siempre están integradas en forma colegiada.

En el Perú, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución, está conformado por siete miembros, y el mismo en el Pleno, conforme al artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, “resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos.” Por tanto, cualquier sentencia que se haya dictado, por cualquier motivo, sin contar con los votos necesarios, debe considerarse como inexistente y debe ser anulada.

En tal sentido, en el caso del Tribunal Constitucional del Perú, también pueden identificarse una serie de decisiones en las cuales se han anulado sentencias del mismo Tribunal, por motivos de haberse dictado sin contar con los votos requeridos, lo que implica violación al debido proceso, pues en esos casos, puede considerarse igualmente que no ha habido sentencia.

Entre los casos mencionados, aun cuando los considera como casos de anulación por motivos de forma, Eloy Espinosa Saldaña barrera menciona los siguientes: por ausencia de notificación del magistrado llamado a dirimir una discordia de criterios (RTC Exp. N° 02386- 2008-AA/TC. Nulidad, de fecha 12 de noviembre de 2009); por contener la firma de un magistrado equivocado (RTC Exp. N° 02488- 2011-HC/TC. Nulidad, de fecha 22 de diciembre de 2011); una sentencia porque se contó mal el sentido de los votos y se llama al magistrado correspondiente para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate (RTC Exp. N° 03681- 2010-HC/TC. Nulidad, de fecha 11 de mayo de 2012); pues se contabilizó mal el voto de un magistrado, por lo cual no se había conformado resolución válida (RTC Exp. N° 00831- 2010-PHD/TC. Nulidad, de fecha 10 de mayo de 2011); no se notificó el sentido de un voto ni el llamamiento a otro magistrado para que dirima, (RTC Exp. N° 03992- 2006-AA/TC, de fecha 31 de octubre de 2007).¹⁶

¹⁶ Véase Espinosa Saldaña, Eloy. -El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones,- en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 9 Nueva Época, diciembre de 2016, Lima, p. 33. Véase en https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/revista/revista_peruana_der_consti_9.pdf

V. LA SUBSANACIÓN DE ERRORES MATERIALES EN SENTENCIAS CONSTITUCIONALES CUANDO SE HAN CONTADO VOTOS SOBRE DISPOSITIVOS DE LAS MISMAS QUE NO FUERON EMITIDOS: EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Ahora bien, aparte de la posibilidad de anulación de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú por haber sido dictadas sin los votos necesarios para que pueda adoptarse una sentencia, el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, que es el que dispone el “carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional,” establece que “tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, *puede aclarar* algún concepto o *subsanan cualquier error material u omisión* en que hubiese incurrido,” mediante resoluciones que “deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.”

Se reguló entonces en el Código Procesal Constitucional, lo que en general regulan los Código de Procedimiento Civil, estableciéndose en este caso la posibilidad excepcional del tribunal, primero, de *aclarar* algún concepto emitido en la sentencia; y segundo, de *subsanan* cualquier error material u omisión en que el tribunal hubiese incurrido al dictar la sentencia.

El que una sentencia se haya dictado sin los votos necesarios, como lo ha elaborado la Corte Constitucional Colombiana y el propio Tribunal Constitucional Peruano, puede considerarse como una causal de invalidez que debería conducir a la nulidad de la misma, pues implica que simplemente la sentencia no existe.

Otra situación es que el Tribunal Constitucional, al emitir su fallo, después de haber dado por sentado que en la votación de dispositivos concretos de una sentencia efectivamente existía la mayoría necesaria para dictarla, considerándola por tanto como aprobada, hubiese sido advertido posteriormente que en realidad ello no fue así, en el sentido de que lo resuelto en el tema específico de la sentencia no contaba realmente con dicha mayoría. En estos casos, entonces, puede considerarse que, al dictarse la sentencia en relación al punto concreto debatido, en realidad éste no podía considerarse como aprobado, habiendo incurrido el tribunal en un error material al contar un voto que no había sido emitido a favor del punto concreto de la sentencia, omitiendo además considerar dicho voto como contrario a lo supuestamente decidido.

El Tribunal Constitucional del Perú, ha seguido precisamente ese procedimiento, específicamente en el caso denominado como “El Frontón,”¹⁷ al dictar el auto N° 01969 2011-PHC/TC (caso Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y Otros) de fecha 5 de abril de 2016,¹⁸ ratificado por auto de marzo de 2017, subsanando el error material que estimó había ocurrido al dictar el mismo Tribunal Constitucional, la sentencia de fecha 14 de junio de 2013. La sentencia de subsanación se dictó a solicitud de los abogados de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional y del Instituto de Defensa Legal, de la Secretaría Ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y de la directora de la Asociación Pro Derechos Humanos, las cuales advirtieron al Tribunal sobre “diversos errores materiales recaídos” en la sentencia anterior dictada tres años antes, el 14 de junio de 2013.

Como lo resumieron los solicitantes de medidas cautelares de protección a favor de los Magistrados que aprobaron la sentencia, formuladas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según se recoge en el auto del Presidente de la misma de 17 de diciembre de 2017:

“c. En la sentencia de 2013, el Tribunal Constitucional estableció que el proceso judicial ya abierto debía continuar siendo tramitado por el Poder Judicial, en tanto el caso judicial prescribirá cuando termine el juicio actualmente en trámite,” disponiendo además que no puede haber ningún nuevo proceso por estos hechos. Adicionalmente “determinó que los hechos calificados [en la apertura de la investigación como] crímenes de lesa humanidad no tenían tal condición.”

¹⁷ El caso tuvo su origen remoto en los motines que se produjeron en 1986 en varios establecimientos penales en el Perú, donde había detenidos por delitos de terrorismo, que fueron reprimidos por un grupo de marinos, que fueron denunciados por la comisión del delito de asesinato. Un Tribunal penal (Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial), en enero de 2009 (Exp. N° 2007- 00213-0-1801-JR-PE-04), emitió un auto en el que abrió proceso penal por estos hechos, calificándolos como crímenes de lesa humanidad. A partir de marzo de 2009, con ocasión de un habeas corpus intentado por Humberto Bocanegra Chávez a favor del grupo de militares con el objeto de que se declare nulo el auto de instrucción y se cierre el caso por tratarse de un delito (asesinato) ya prescrito, se abrió la discusión procesal sobre la calificación del delito como de lesa humanidad, la cual no ha concluido. Véase sobre en la reseña: -El Frontón: El voto de Juan Vergara Gotelli, origen del problema-, en *Legis.pe*, Lima, 13 de noviembre de 2017, en <http://legis.pe/el-fronton-voto-juan-vergara-gotelli/>

¹⁸ Véase en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/01969-2011-HC%20Resolucion.pdf>

d. Con respecto a la votación de ese extremo relativo a la no calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, el “Procurador Público Supranacional sobre [D]erechos Humanos [...] y [...] algunas organizaciones no gubernamentales [...] pidieron] al Tribunal Constitucional [...] hacer un nuevo cómputo de votos para ver si se había configurado o no sentencia en [ese] extremo” debido a que consideraban que se computó indebidamente el voto del entonces magistrado Vergara. La anterior composición del Tribunal Constitucional no dio “el trámite correspondiente” a dicha solicitud. Fue en marzo de 2017 que los cuatro magistrados de la “actual composición del Tribunal Constitucional [...] procedieron... a realizar un correcto cómputo del sentido de los votos de lo resuelto [y, por tanto] corrigieron el error material en que se había incurrido”. Esta decisión tuvo como consecuencia “eliminar del texto de la sentencia” el extremo relativo a que los hechos no podían ser calificados como delitos de lesa humanidad.”¹⁹

Para decidir la subsanación del error material, el Tribunal Constitucional, en efecto, se fundamentó en lo dispuesto en el mencionado artículo 121 del Código Procesal Constitucional que como como lo reafirmó el Tribunal “prevé expresamente” que el mismo “tiene competencia para subsanar sus resoluciones cuando estas hubieran incurrido en algún error.” En el caso, como se dijo, la Procuraduría Pública Especializada Supranacional, en su momento, “mediante escrito de fecha 16 de setiembre de 2013; y el Instituto de Defensa Legal, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y la Asociación Pro Derechos Humanos, mediante escrito de fecha 20 de setiembre de 2013,” habían solicitado al Tribunal que procediera “a subsanar de oficio diversos errores materiales recaídos en la decisión de fondo tomada en este mismo expediente,” refiriéndose básicamente a errores relacionados con lo siguiente:

Primero, que las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Neira Alegria y otros, y Durand y Ugarte, se encuentran en etapa de supervisión de sentencia; y que en ambos casos, “la Corte dispuso la obligación del Estado peruano de investigar los hechos, procesar y sancionar a los responsables por lo ocurrido en junio de 1986 en el establecimiento penal de la isla El Frontón, así como hacer los esfuerzos posibles por localizar e identificar los restos de las víctimas, y entregarlos a sus familiares.”

Segundo, que la decisión del Tribunal Constitucional mediante la cual se decidió “que los hechos de El Frontón no deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad no cuenta con los votos necesarios para conformar una sentencia válida,” pues a juicio de los solicitantes “en autos se aprecia que solo tres magistrados, de los cuatro que habrían suscrito materialmente la sentencia, estaban de acuerdo en que el Tribunal se pronuncie señalando que ‘los hechos que son materia del proceso penal contra los favorecidos no constituyen crímenes de lesa humanidad.’”

Con respecto al primero de los aspectos alegados, el Tribunal Constitucional en su sentencia subsanatoria consideró que, en efecto, ello era algo que el Tribunal Constitucional debió haber tenido en cuenta “al momento de pronunciarse sobre el fondo de la causa,” pero que sin embargo, contrariamente a lo indicado por los solicitantes, ello no constituía “algún ‘error material’ subsanable por el órgano colegiado,” considerando que más bien se trataba “de un argumento orientado a que este Tribunal Constitucional reexamine su decisión,” lo que obviamente era improcedente.

Pero en cuanto al segundo punto señalado, “en relación con la ausencia de votos para conformar válidamente un extremo de la sentencia constitucional,” en este caso el relativo a la calificación de los delitos como de lesa humanidad, el Tribunal consideró de ser dicho vicio o defecto fuese corroborado,” que el mismo:

“podría ser entendido bien como causal de inexistencia de la resolución (considerada también por algunos como una causal de “nulidad” de la decisión) o bien como un problema de mero error material que puede ser subsanado.”

En cuanto a la primera alternativa, el Tribunal se refirió a “sobre si el problema detectado podría ser considerado como una causal de inexistencia o nulidad de la decisión emitida por el Tribunal Constitucional,” estimando que una declaración de tal naturaleza, de acuerdo con lo admitido por el Tribunal en varios casos (y sobre todo en el caso “Cardoza”), solo es posible en los siguientes supuestos excepcionales:

“(a) Cuando existan vicios graves de procedimiento, en relación con: el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida (a.1) y con vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa (a.2).”

¹⁹ Véase en <http://agendapais.com/wp-content/uploads/2017/12/Sentencia-CIDH-casos-magistrados-TC.pdf>

“(b) Cuando existan vicios o errores graves de motivación, los cuales, por ejemplo, pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio (b.1); vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión (b.2); y errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgredan competencias constitucionales o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc. (b.3).”

“(c) Cuando existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo: resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales (c.1); incuestionable doctrina jurisprudencial de este Tribunal (c.2); o cuando se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente (c.3).”

En el caso de la sentencia de 2013 que fue analizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 5 de abril de 2016, ratificada en marzo de 2017, una vez revisada la misma, y sobre la base del examen planteado, para el Tribunal quedó claro que no se trataba “de supuestos de vicios o errores graves de motivación ni de vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional” que ameritaran la declaratoria de nulidad de la sentencia; y con respecto a los vicios graves de procedimiento, y sobre la base de los votos emitidos, el Tribunal constató que en general sí estaba “ante una sentencia formalmente válida” (pues contaba con las formalidades para ser considerada así), solo existiendo “dudas *con respecto a uno de sus extremos*, el cual, conforme alegaron los solicitantes, habría sido incorporado erróneamente en la sentencia.”

De ello concluyó el Tribunal considerando que “lo alegado por los solicitantes no se refiere a un supuesto que habilite a este Tribunal Constitucional a declarar la nulidad o la inexistencia de toda la sentencia,” sino que lo alegado se refiere a que “si fuera el caso de que se acredite que la resolución no contó con los votos necesarios para pronunciarse sobre la calificación de los hechos del caso El Frontón como crímenes de lesa humanidad, contenido en el fundamento 68,” se trataría “de un vicio o error que podría ser materia de una subsanación puntual.”

Con base en todo lo anterior, el Tribunal efectivamente verificó que, en efecto, en el expediente apreció que en el fundamento 27 del voto del magistrado Vergara Gotelli, éste señaló expresamente que:

“[D]e la sentencia propuesta por el ponente del presente hábeas corpus advierto [la] argumentación y decisión que concluye en señalar que “(...) los hechos que son materia del proceso penal contra los favorecidos no constituyen crímenes de lesa humanidad (...)”, temática respecto de la cual considero que resulta innecesario un pronunciamiento constitucional toda vez que aquella no es materia de la demanda ni de controversia en el caso de autos, tanto más si el demandante refiere en el recurso de agravio constitucional que no es competencia ni corresponde al órgano constitucional el calificar si los hechos penales imputados constituyen o no hechos de lesa humanidad, apreciación del recurrente que estimo acertada ya que el hábeas corpus no es la vía que permita apreciar los hechos criminosos a fin de subsumirlos o no en determinado tipo penal, pues dicha tarea incumbe al juzgador penal ordinario” (subrayado en el original).”

El propio Magistrado Vergara Gotelli, en un documento que presentó ante el Tribunal el procurador solicitante de la subsanación, y que por tanto cursa en el expediente, explicó a través de un cuadro comparativo lo que había expresado en su pronunciamiento, y había votado con efectos diferentes a lo que votaron los otros tres magistrados.²⁰

De lo anterior estimó el Tribunal Constitucional que el magistrado Vergara Gotelli había sido:

“explicito al señalar que no estaba de acuerdo con lo finalmente incorporado en el fundamento 68 y en el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia, a través de los cuales se declaraba la nulidad del auto de apertura de instrucción por calificar los hechos materia del proceso penal como constitutivos de un crimen de lesa humanidad.”

La consecuencia que de ello sacó el Tribunal Constitucional fue, entonces, que era claro:

²⁰ Véase el texto en: la reseña -El Frontón: El voto de Juan Vergara Gotelli, origen del problema,- en *Legis.pe*, Lima, 13 de noviembre de 2017, en <http://legis.pe/el-fronton-voto-juan-vergara-gotelli/>. Véase igualmente, la reseña -El Frontón | Álvarez a Mesía: «El fundamento [de Vergara] recoge en forma errada la sentencia», en *Legis.pe*, 26 de noviembre de 2017, donde se explica que -como lo hemos sostenido en un publicado hace unos días en este portal, la raíz del problema fue el voto del magistrado Juan Vergara Gotelli. A estas alturas del partido no podemos hacer otra cosa que ratificarnos en lo dicho. En aquel Informe demostramos que el exmagistrado Vergara Gotelli nunca estuvo de acuerdo con sus colegas de la época Mesía Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda.- Véase en <http://legis.pe/alvarez-miranda-mesia-ramirez-fundamento-vergara-sentencia/>. Véase, además, la reseña -TC: Álvarez admitió diferencia de votos en caso El Frontón,- en *La República*, 15 de noviembre de 2017, en <http://larepublica.pe/politica/1145391-tc-alvarez-admitio-diferencia-de-votos-en-caso-el-fronton>

“que lo contenido en el fundamento mencionado y en el fallo de la sentencia, relacionado con la calificación de los hechos delictivos como crímenes de lesa humanidad, carecía de la cantidad suficiente de votos para conformar una decisión válida.”

Esta circunstancia, de que la sentencia solo contó con tres votos a favor (de los magistrados Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Calle Hayén), llevó a Tribunal a considerar que ello no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que exige que las sentencias adoptadas por el Pleno del Tribunal se resuelven y adoptan por mayoría simple de votos emitidos. Por el contrario, estimó el Tribunal Constitucional, que lo más bien se verificaba en el expediente era “la posición contraria, conforme a la cual debía desestimarse el extremo del hábeas corpus en que se cuestiona la calificación de los hechos penales como crímenes de lesa humanidad,” la cual contaba:

“incluso con la mayoría de votos del Pleno del Tribunal constituido en ese momento, en la medida que, además de contar con tres votos explícitos a favor (magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Vergara Gotelli), se beneficiaría también del voto decisorio del entonces Presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Urviola Hani, conforme estaba establecido en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional: “El Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con el voto decisorio para las causas que son competencia especial del Pleno en la que se produzca un empate de ponencia.”

El Tribunal Constitucional concluyó su sentencia indicando que siendo todo ello así, le correspondía:

“subsana el error material de la sentencia de autos, consistente en haber incluido indebidamente el fundamento jurídico 68 y el punto 1 de la parte resolutoria, conforme a los cuales se declaró la nulidad del auto de apertura de instrucción de la presente causa.”

Lo decidido por los cuatro magistrados fue resumido por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el auto que dictó el 17 de diciembre de 2017, contentivo de medidas cautelares de protección a favor de los magistrados del Tribunal Constitucional que hicieron mayoría al dictar la sentencia subsanatoria, en la siguiente forma:

“14. Esta Presidencia constata que las decisiones de abril de 2016 y marzo de 2017, por las cuales están siendo objeto de acusación ante el Congreso los referidos cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, se limitan a corroborar y fundamentar si hubo o no un error en el conteo de votos respecto a lo resuelto en el punto resolutorio primero y fundamento jurídico 68 de la sentencia emitida por el propio Tribunal en el 2013, que resolvió un recurso de agravio constitucional presentado a favor de varios acusados en el proceso penal relativo a los hechos del Penal “El Frontón”. La decisión del Tribunal Constitucional del 2016, confirmada mediante decisión del 2017, se pronuncia sobre solicitudes planteadas en el 2013 a la composición anterior del Tribunal Constitucional; es decir, la que adoptó la sentencia ese año, pero no emitió una decisión sobre dichas solicitudes. Las referidas decisiones de 2016 y 2017 resuelven “subsana el error material de la sentencia de autos, consistente en haber incluido indebidamente el fundamento jurídico 68 y el punto 1 de la parte resolutoria [...] y por ende, tenerlos por no incorporados [...]”. Dentro de los fundamentos para adoptar tal decisión, se hace referencia a los argumentos contenidos en el voto del magistrado Vergara Gotteli y se considera que el mismo no estaba de acuerdo con lo incorporado en el fundamento 68 y en el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia de 2013. Se determina que la conclusión relativa a que los hechos delictivos no pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad, “carecía de la cantidad suficiente de votos para conformar una decisión válida”, debido a que ello no se ajustaba “a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional” relativo al requerimiento de una mayoría simple de votos. Con posterioridad a la decisión de marzo de 2017, la defensa legal de imputados en la causa penal planteó un recurso de reposición ante el Tribunal Constitucional, el cual se encuentra pendiente de pronunciamiento.”²¹

Ahora bien, de todo lo expresado en la sentencia antes mencionado, el Tribunal Constitucional concluyó su decisión de 5 de abril de 2016, ratificada en marzo de 2017, resolviendo “subsana la sentencia de fecha 14 de junio de 2013 y, por ende, tener por no incorporados en la resolución el fundamento 08 y el punto 1 de la parte resolutoria.” La sentencia se dictó con una mayoría de cuatro votos y el voto singular de tres magistrados. Los cuatro Magistrados que adoptaron la decisión, fueron acusados constitucionalmente ante el Congreso,²² abriéndose contra ellos un proceso político, lo que, sin duda, constituye un grave atentado contra la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional.

²¹ Véase el texto íntegro del auto de la Corte Interamericana, en <http://agendapais.com/wp-content/uploads/2017/12/Sentencia-CIDH-casos-magistrados-TC.pdf>

²² Véase la reseña: -El Frontón: Comisión Permanente aprobó investigar a jueces del TC,- en *Perú 21*, 11 de noviembre de 2017, en <https://peru21.pe/politica/fronton-comision-permanente-aprobo-investigar-jueces-tc-382930>

El Tribunal Constitucional, lo que hizo en su auto de fecha 5 de abril de 2016,²³ ratificado por auto de marzo de 2017, fue cumplir funciones propias de la judicatura. En este caso, conforme lo autoriza la Ley, subsanando el error material en el cual estimó había incurrido el mismo Tribunal Constitucional, al dictar la sentencia de fecha 14 de junio de 2013, sin haber emitido en su decisión nuevo pronunciamiento de cualquier naturaleza sobre los asuntos debatidos en el proceso.

VI. LA INCONSTITUCIONAL MODIFICACIÓN Y REFORMA DE SUS SENTENCIAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA FIGURA DE LA ACLARACIÓN O AMPLIACIÓN DE SENTENCIAS

Conforme al mencionado el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, después de pronunciada la sentencia definitiva no puede el juez ni revocarla ni reformarla, pudiendo solo y a solicitud de parte, *aclarar* los puntos dudosos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, salvando las omisiones y rectificando los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos; o dictar *ampliaciones* para complementar conceptualmente lo expresado en la sentencia cuando haya en la misma omisiones, incluso esenciales, respecto de lo solicitado en la demanda y lo considerados en la sentencia cuya aclaratoria se pide, sin que pueda haber modificación del fallo. Contrariamente a ello, sin embargo, en los últimos años, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha utilizado la vía de ampliación sentencias, para proceder a reformarlas y modificarlas.

Fue el caso, por ejemplo, de la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016, dictada en un proceso de control de constitucionalidad de un decreto de estado de excepción (art. 336.6 de la Constitución), en este caso, el Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016, en la cual la Sala, en la misma, se limitó simplemente a declarar la constitucionalidad de dicho Decreto, que junto con declararlo inconstitucional era lo único que podía decidir.

Sin embargo, el Presidente de la República solicitó una “ampliación” de la sentencia sobre “las condiciones de presentación y aprobación del Presupuesto de la República” ante la Asamblea Nacional, cuyos actos desde principios de 2016 habían sido declarados “nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica” por la Sala Constitucional,²⁴ pues consideraban que entonces el Poder Ejecutivo no podría presentar el Presupuesto ante la Asamblea “debido a la situación irregular en que se encuentra ese órgano legislativo;” lo cual obviamente no encajaba dentro de la posibilidad de “ampliación,” pues ello no se había discutido ni mencionado, ni se planteó en el procedimiento que originó la sentencia.

Sin embargo, la Sala Constitucional, bajo dicha excusa de dictar una “ampliación” procedió a dictar una *nueva sentencia*, la N° 814 de 11 de octubre de 2016,²⁵ cuyo contenido no tenía relación alguna con la materia decidida en la sentencia supuestamente “aclarada,” decidiendo asuntos que no fueron considerados en la misma, como son las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto y sobre la propia noción de ley en la Constitución. De ello pasó, en la nueva sentencia “aclaratoria,” disponiendo que la Ley de Presupuesto correspondiente al año fiscal 2017, debía formularse mediante “decreto” el Presidente de la República, y presentarse, no ante la Asamblea Nacional como manda la Constitución sino ante la propia Sala Constitucional para su aprobación. La Sala Constitucional, además, en esta nueva sentencia, declaró la nulidad de un Acuerdo de la Asamblea Nacional el 20 de septiembre de 2016,²⁶ mediante el cual había rechazado el mencionado Decreto N° 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;²⁷ y lo hizo, de nuevo, de oficio, es decir, sin que nadie se lo hubiese

²³ Véase en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/01969-2011-HC%20Resolucion.pdf>

²⁴ Véase por todas las sentencias 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; *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.

²⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML.

²⁶ Véase en <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>.

²⁷ En dicho Acuerdo, la Asamblea Nacional expresó además, con toda claridad: -Que no hay democracia sin la vigencia efectiva de un texto constitucional que ordene de acuerdo a la justicia, el ejercicio de los poderes públicos, así como las relaciones del poder público con los ciudadanos;- que no hay democracia sin respeto de los derechos humanos, que el ejercicio de los derechos humanos es irrenunciable y que los órganos del Poder Público están obligados a velar por su efectiva vigencia;- y que -Que no hay democracia sin voto y que el ejercicio del voto es el cauce democrático para exigir

solicitado, sin desarrollar proceso constitucional de nulidad alguno, violando en consecuencia el derecho a la defensa de la Asamblea Nacional.

La sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, de “aclaratoria” de la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 de la misma Sala Constitucional, por tanto, en definitiva fue una nueva sentencia dictada sin proceso constitucional alguno, en la cual no sólo violó las normas del Código de procedimiento Civil sobre aclaración de sentencias, sino que en sí misma, además, violó abiertamente los artículos 187.6, 311 y 313 de la Constitución que le atribuyen a la Asamblea Nacional la competencia exclusiva para “discutir y aprobar el presupuesto nacional;” el artículo 202 de la Constitución sobre la noción de “ley” en Venezuela como acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador, y la competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para sancionar leyes; y los artículos 203 y 236.8 de la Constitución, que restringen la potestad del Poder Ejecutivo a dictar actos con fuerza de ley (“decretos leyes”) actuando por delegación legislativa.

La Sala Constitucional, con posterioridad siguió utilizando la figura de la “aclaratoria,” no ya para dictar nueva sentencia, sino para modificar y reformar sus propias sentencias. El caso más notorio fue el relativo a las sentencias N° 155²⁸ y 156²⁹ de 27 y 29 de marzo de 2017, las cuales fueron modificadas y revocadas parcialmente mediante las sentencias Nos. 157³⁰ y 158³¹ de fecha 1 de abril de 2017, dictadas, como lo anunció la propia Sala Constitucional el día 1 de abril de 2017,³² a solicitud del Presidente de la República a través de una reunión de un Consejo consultivo de Defensa de la Nación,³³ en violación de los principios más elementales del debido proceso, pero irónicamente invocando la sala Constitucional como motivación fundamental para las aclaratorias, la “garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional.”³⁴

Mediante la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en efecto, la Sala Constitucional había anulado un Acuerdo político adoptado por la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir

a las autoridades del Poder Público el cumplimiento de sus funciones en beneficio de los ciudadanos, así como el medio para garantizar la paz y que los cambios políticos anhelados por la ciudadanía se alcancen pacífica y cívicamente.- Véase el texto en http://www.asamblea.nacional.gob.ve/up-loads/documentos/doc_e1f2b1e2f50dc2e598d87dbf11d989a2f560e4d5.pdf.

²⁸ Véase la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: -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), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>.

²⁹ Véase la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: -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 (sentencia N° 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>.

³⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.Html>.

³¹ Véase en <http://Historico.Tsj.Gob.Ve/Decisiones/Scon/Abril/197400-158-1417-2017-17-0325.Html>.

³² Véase sobre el anuncio de las aclaratorias, los comentarios en Allan. Brewer-Carías: -El golpe de Estado judicial continuado, la no creíble defensa de la constitución por parte de quien la despreció desde siempre, y el anuncio de una bizarra -revisión y corrección- de sentencias por el juez constitucional por órdenes del poder ejecutivo. (Secuelas de las sentencias N° 155 y 156 de 27 y 29 de marzo de 2017), New York, 2 de abril de 2017, en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/150.-doc.-BREWER.-EL-GOLPE-DE-ESTADO-Y-LA-BIZARRA-RE-FORMA-DE-SENTENCIAS.-2-4-2017.pdf>.

³³ La propia Sala confesó en un Comunicado de 3 de abril de 2017 publicado en *Gaceta Oficial* que -El Tribunal Supremo de Justicia en consideración al exhorto efectuado por el Consejo de Defensa de la Nación ha procedido a revisar las decisiones 155 y 156, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, y en tal sentido, hoy son públicas y notorias sendas sentencias aclaratorias que permiten sumar en lo didáctico y expresar cabalmente el espíritu democrático constitucional que sirve de fundamento a las decisiones de este Máximo Tribunal.- Véase en la *Gaceta Oficial* N° 41.127 de 3 de abril de 2017.

³⁴ Véase Román José Duque Corredor, -Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional,- 4 de abril de 2017, en <http://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-de-los-magistrados-de.html?pref=fb&m=1>.

el orden constitucional en Venezuela, de 21 de marzo de 2017; y en la misma, la Sala Constitucional, además de desconocer la inmunidad parlamentaria de los diputados de la Asamblea nacional cuyos actos ya había declarado nulos en múltiples ocasiones anteriores, dictó como medida cautelar una orden al Presidente para que procediera a legislar sin límite, en especial para tomar “las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción,” y para proceder a “revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar –pues pudieran estar cometándose delitos de naturaleza militar–).”³⁵

A raíz del escándalo nacional e internacional que provocó esta sentencia, y luego de la exhortación que el Consejo de Defensa de la nación le hiciera a la Sala Constitucional para que reformara su sentencia No 155, la Sala Constitucional efectivamente mediante la sentencia N° 157 pasó a revocar las partes de la sentencia en las cuales la Sala había desconocido la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional; y había ordenado al Presidente legislar sin límites y revisar toda “la legislación sustantiva y adjetiva.”

Para la revocación parcial de la sentencia N° 155, la Sala Constitucional solo esgrimió como “motivación,” el “alcance constitucional que tiene el exhorto del Consejo de Defensa de la Nación,”³⁶ analizando entonces solo al tema de la violación de la inmunidad parlamentaria en la que había incurrido; pero ignorando lo concerniente al inconstitucional “decreto de estado de excepción” que contenía su sentencia N° 155. Para ello, la Sala comenzó por aclarar (¿excusarse?) que solo había hecho referencia a la inmunidad parlamentaria, *en la motiva de la sentencia “mas no en su dispositiva,”* considerando que dicho “señalamiento aislado en la motiva” había sido “tema central del debate público,” pero advirtiendo que, en este caso, se habían difundido “diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria.”

Y sin más, de allí pasó a “aclarar” de oficio, “en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” que “el dispositivo 5.1.1 y lo contenido sobre el mismo en la motiva; así como lo referido a la inmunidad parlamentaria,” supuestamente obedecían a medidas cautelares dictadas por esta Sala, lo cual era falso, indicando para terminar que “como garantía de la tutela judicial efectiva” consagrada en el artículo 26 de la Constitución, y sin argumentar absolutamente nada sobre el inconstitucional decreto de estado de excepción contenido en el “dispositivo 5.1.1.0” concluyó señalando que:

“se revocan en este caso la medida contenida en el dispositivo 5.1.1, así como lo referido a la inmunidad parlamentaria. Así se decide.

Es decir, sin motivación alguna, la sentencia N° 157 no aclaró nada, sino que modificó y revocó parcialmente la sentencia N° 155, lo que está expresamente prohibido en Venezuela, indicándose que lo resuelto debía, además, tenerse como “parte complementaria de la sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017. Así se decide.” Mayor arbitrariedad es imposible de encontrar en los anales de la justicia constitucional en el derecho comparado.

En todo caso, algo similar ocurrió con la sentencia de la Sala Constitucional N° 156 de 29 de marzo de 2017 que fue reformada mediante la sentencia N° 158 de fecha 1° de abril de 2017.

³⁵ Véase la sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan Brewer-Carías: -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), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dicta-dura-judicial/>.

³⁶ Sobre el -alcance constitucional del exhorto del Consejo de Defensa- que supuestamente le permitió -a la Sala Constitucional -analizar la situación planteada,- el profesor Duque Corredor, con razón, indicó que ello -es falso, porque, por un lado, las competencias del Consejo mencionado se limitan a las materias de la seguridad de la Nación y no a las materias judiciales y mucho menos relativas a revisión de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia o de los tribunales. -Ello es falso también- porque -en ninguna disposición de esta Ley se prevé que mediante exhortos de órganos del Ejecutivo Nacional las Salas del Tribunal Supremo de Justicia puedan revisar sus sentencias.- En -Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional,- 4 de abril de 2017, en <http://justiciayecologiainte-gral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-de-los-magistrados-de.html?spre=fb&m=1>.

En esta sentencia N° 156, la Sala Constitucional, al conocer de un recurso de interpretación de unas normas constitucional y legal que regulan la autorización parlamentaria para la constitución de empresas mixtas en el sector de hidrocarburos, presentado por una empresa del Estado de dicho sector, había resuelto “con carácter vinculante y valor *erga omnes*, declarar que había una “omisión inconstitucional parlamentaria por parte de la Asamblea Nacional,” ya que no podía actuar porque la Sala Constitucional había declarado nulos todos sus actos, disponiendo entonces entre otros aspectos, que:

“4.3.- Sobre la base del estado de excepción, el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (ver sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017).

4.4.- Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.”³⁷

Con estos dispositivos, la Sala Constitucional, por una parte, le otorgó la potestad de legislar en materia de hidrocarburos al Presidente de la República, y por la otra, asumió ella misma todas las competencias de la Asamblea Nacional, para ejercerlas directamente.

La Sala Constitucional, también en este caso, mediante sentencia N° 158 de 1° de abril de 2017, pasó supuestamente a “aclarar” dicha sentencia N° 156 en los dos dispositivos mencionados, basándose en la misma exhortación que el Consejo de Defensa de la Nación había hecho al Tribunal Supremo de Justicia de “aclarar el alcance de las decisiones Nro. 155 y 156, dictadas el 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y el equilibrio de poderes, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.”

Y por tanto, de nuevo, “atendiendo al alcance constitucional que tiene el exhorto del Consejo de Defensa de la Nación” (*sic*), la Sala entonces pasó a “analizar la situación planteada,” considerando que a su juicio era “un hecho público, notorio y comunicacional la situación de desacato y de omisión inconstitucional en la que se encuentra la Asamblea Nacional,” respecto de las anteriores sentencias dictadas por la Sala Electoral y la propia Sala Constitucional,³⁸ pasando a recordar que en la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 había decidido, en relación con el artículo 33 de la Ley de Hidrocarburos, que no existía impedimento alguno para que el Ejecutivo Nacional constituya empresas mixtas en el sector” sustituyendo a la Asamblea para conocer de las circunstancias de las contrataciones, en sustitución de la Asamblea Nacional.

Ahora, para proceder “supuestamente “aclarar” dicha sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, la Corte, primero, mutó la naturaleza definitiva de la misma, pues fue una sentencia dictada en un proceso de interpretación, transformándola en una “medida cautelar;” y segundo, sin motivación alguna, pasó a revocar las decisiones mediante las cuales había usurpado las potestades de la Asamblea Nacional

Para esto último, la Sala Constitucional, teniendo en cuenta que se habían difundido “diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria,” sin motivación alguna, considerando simplemente que la convocatoria efectuada por el Jefe del Estado para reunir al Consejo de Defensa de la Nación, “a objeto de tratar en su seno la controversia surgida entre autoridades del Estado venezolano, se nos presenta como una situación inédita para la jurisdicción constitucional,” pasó a retractarse de lo que había decidido, diciendo que lo que había decidido no es lo que decidió, precediendo así a “aclarar” de oficio, supuestamente “en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” que:

³⁷ Véase la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan Brewer-Carías: -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 (sentencia N° 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/> 2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/.

³⁸ La Sala en la sentencia, hizo referencia nuevamente a las sentencias dictadas -en su Sala Electoral (Nros. 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016) y en Sala Constitucional (Nros. 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013, 1014 del 25 de noviembre de 2016 y 2 del 11 de enero de 2017).-

“en el fallo N° 156 dictado el 29 de marzo de 2017 los dispositivos 4.3 y 4.4 y lo que respecta a lo indicado en la parte motiva sobre los mismos, *tienen naturaleza cautelar*, en vista de que el desacato de la Asamblea Nacional, que le impide el ejercicio de sus atribuciones constitucionales es de carácter circunstancial; y, en todo caso, *esta Sala no ha dictado una decisión de fondo* que resuelva la omisión.”

Ello, por supuesto no era cierto, pues la sentencia N° 156 de 29 de marzo de 2017, fue una *sentencia definitiva*, dictada en un “juicio de interpretación constitucional” que concluyó con la misma, y que por tanto impide esencialmente que sus dispositivos puedan tener el carácter cautelar. Esta decisión, ni siquiera se puede considerar como una ilegal “reforma” de la sentencia N° 156 por vía de aclaración, porque en ningún caso una sentencia definitiva se puede trastocar, cambiar y convertir en una medida cautelar, que solo se puede dictar en el curso de un juicio, pero nunca una vez que el mismo ha terminado.

La sentencia N° 158 de 1 de abril de 2017, en definitiva, sin motivación, pero falsamente calificando una sentencia definitiva como medida cautelar, no aclaró nada respecto de la sentencia N° 156, sino que lo que hizo fue revocarla parcialmente, lo que está expresamente prohibido en Venezuela, indicándose también que lo resuelto por la sentencia debía además tenerse como “parte complementaria de la sentencia N° 156 del 29 de marzo de 2017. Así se decide.”

CONCLUSIONES

Como puede apreciarse de los casos resueltos por los Tribunales Constitucionales de Colombia y del Perú, el principio de la intangibilidad de las sentencias como manifestación del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva continúa siendo uno de los pilares fundamentales del sistema judicial, en el sentido de que después de pronunciada la sentencia por el juez, éste no puede ésta revocarla ni reformarla. Queda a salvo, sin embargo, que las partes puedan solicitar del juez aclaración o ampliación a la sentencia para precisar aspectos dudosos y corregir errores materiales, lo que en ningún caso puede llevar al juez a reformar o revocar parcialmente su sentencia. Por tanto, son absolutamente inconstitucionales las sentencias analizadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante las cuales, con la excusa de aclarar sentencias precedentes las mismas fueron reformadas y revocadas parcialmente.

Distinto es el caso analizado del Tribunal Constitucional del Perú, en el cual, con motivo de una solicitud de parte, el mismo se limitó a corregir un error material de una decisión precedente. Y distinto a los dos supuestos anteriores son los casos analizados decididos por la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional del Perú, en los cuales precisamente en protección al derecho a las garantías del debido proceso, los mismos han conocido de peticiones de nulidad de sus propias sentencias, conforme al principio general del derecho procesar que se recoge en los Códigos de procedimiento Civil, e incluso en el Decreto 2067 de 1991 que regula la Jurisdicción Constitucional. Donde se precisa que “sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso.”

En estos casos entre dos principios protectores del debido proceso, el de la intangibilidad y la nulidad es al juez a quien compete hacer la correspondiente ponderación para determinar cuál debe prevalecer.

2019

82. 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.

Revista de Derecho Público, N° 157-158, enero-junio 2019,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 337-346

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 supra-constitucionales.*

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,¹ permitiéndole además,

¹ 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 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.

presentarse de candidato a la presidencia en la elección presidencial² para cubrir el período constitucional hasta el 10 de enero de 2019. En dicha elección, y a pesar de todas las impugnaciones,³ 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 2017,⁴ 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.”⁵

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.”⁶

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 2018,⁷ 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

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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/>

⁶ 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-cons-titucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

⁷ 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 -reelección- 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-an-te-la-anc/>

Maduro será ante el TSJ,” en virtud de que “la “Asamblea Nacional, órgano facultado para tal fin, está en desacato.”⁸ 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).”⁹

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 2019,¹⁰ 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 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 periodo constitucional presidencial vigente e inicio del nuevo periodo 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 periodo presidencial 2019-2025. Así se decide.”

Y eso fue todo.

⁸ 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.el-pais.com.uy/mundo/maduro-le-responde-asam-blea-anuncia-juramento-tribunal-supremo.html>

⁹ 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>

¹⁰ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/303336-0001-8119-2019-18-0835.HTML>

No indicó la Sala, ni siquiera referencialmente, en cuáles sentencias se había declarado y reiterado el supuesto desacato de la Asamblea Nacional,¹¹ 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:

“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.”¹²

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:

“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.

¹¹ 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.

¹² 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/>

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.¹³

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,¹⁴ como desde siempre ha ocurrido por ejemplo en Cuba.¹⁵

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 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,¹⁶ 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,¹⁷ 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

¹³ 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 *EfectoCocuyo*, 20 de mayo de 2018, en <http://efectococuyo.com/cocuyo-electoral/rector-luis-emilio-rondon-desconoce-resultados-de-elecciones-presidenciales/>

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

absolutos, totales y casi ilimitados, y por supuesto por encima de la Constitución, ratificando la existencia en el país de una “dictadura constituyente.”¹⁸ 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, 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.”

¹⁸ 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.

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.”¹⁹

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.”²⁰

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.”²¹

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,”²² 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.”²³

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 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.

¹⁹ Véase -La farsa de Maduro,- en *El País*, 10 de enero de 2019.

²⁰ 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/>

²¹ 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

²² 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>

²³ 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/>

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.”²⁴

²⁴ 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

83. SOBRE EL ANÓMALO CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 157-158, enero-junio 2019,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 347-374

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 integral¹ 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.²

En cuanto al método difuso de control de constitucionalidad de las leyes,³ 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.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989 pp. 275-287. Disponible en: http://allanbrewercarias.net/Content/449725_d9-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-TEXTOPAG-WEB.pdf>

³ 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%A9n-Argentina-2008.doc.pdf>

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,⁴ 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.⁵ 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.⁶

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,⁷ 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.

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 1999⁸, 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,⁹ incluyendo, por supuesto, a las diversas Salas del Supremo Tribunal y entre ellas a la Sala Constitucional cuando estén conociendo de un proceso judicial.

⁴ 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://allanbrewer-carrias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II,%20I,%20EL%20CONTROL%20CONCENTRADO%20DE%20LA%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20ESTUDIO%20DE%20DERECHO%20COMPARADO.%20LIBRO%20ARBCDOC.pdf>

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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,

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).¹⁰

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 a la “Jurisdicción Constitucional” en el derecho comparado.¹¹ 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 del Tribunal Supremo de Justicia¹² 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 deficiencia 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.

Instituciones Políticas y Constitucionales, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 101.

¹⁰ *Ídem*, pp. 131 y ss.

¹¹ 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.

¹² 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.

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 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.¹³

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*.

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:

¹³ 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 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.*”¹⁴

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.

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 las resultas 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.

¹⁴ 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 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.¹⁵

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).

V. EL ANÓMALO EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO 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,¹⁶ 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,¹⁷ 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.

¹⁵ 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 Enrique Cottin sobre Teoría de la Prueba, Universidad Católica Andrés Bello N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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

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;¹⁸ 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;”¹⁹ y N° 74 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002.²⁰

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

¹⁸ 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>

¹⁹ 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>

²⁰ 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>

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).²¹

Sin embargo, contra todos estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,²² 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;²³ 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.²⁴

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 2017,²⁵ 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.”

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 2017,²⁶ 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.²⁷

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

²¹ 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.

²² Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831>. HTML

²³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146>. HTML

²⁴ 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.

²⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML

²⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002>. HTML

²⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010>. HTML

Nacional, y además, declaró nulos todos sus actos pasados y futuros, la misma Sala, mediante sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016,²⁸ 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 2016,²⁹ 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 2016,³⁰ la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016³¹ 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.”

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.”³²

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 2016,³³ 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.

²⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

²⁹ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-sobre-el-decreto-de-es-tado-de-excepciony-de-emergencia-economica-dictado-por-el-presidente-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-205>

³⁰ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897.HTML>

³¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.256 Extra. de 13 de septiembre de 2016.

³² 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.

³³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

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 invalidez, 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;³⁴ 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 inadmisibile 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 inadmisibile 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.³⁵

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.*”³⁶ 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 Nacional igualmente “en desacato” había aprobado el Acuerdo impugnado que declaró el abandono del cargo del Presidente de la República.³⁷

La Sala, sin embargo, como se dijo, en su sentencia declaró la inadmisibilidat 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:

³⁴ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>

³⁵ Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML.

³⁶ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_d3f219591da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf

³⁷ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_9bdb6ba6ef2d206b06358a39c79a340013d9db87.pdf

“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.”³⁸

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:

“inadmisible 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 inadmisibilidad 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 inadmisibilidad, considerando lo que calificó como un mecanismo “manifiestamente inconstitucional y subversivo” que fue el de la declaratoria de responsabilidad 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 írritos” 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.”

³⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML

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 inadmisile.

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 periodo 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.³⁹

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):

³⁹ 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-re-publica. 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>

“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 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.⁴⁰

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.⁴¹

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 2019,⁴² 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.⁴³

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.

⁴⁰ 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-ACA-DEMIA-19-6-2019-DEFINITIVO.pdf>

⁴¹ 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-juranicolos-maduro>

⁴² 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

⁴³ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, Enero 23, 2019, pp. 4.5. Disponible en: http://www.asamblea.nacional.gob.ve/ac-tos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-repu-blica-por-parte-de-nicolas-maduro-mo-ros-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.⁴⁴

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 2019,⁴⁵ 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.”⁴⁶

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.”

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 “analogicamente” 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:

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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/>.

⁴⁶ 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.

“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 “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.”⁴⁷

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,⁴⁸ 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 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 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 2019.⁴⁹

⁴⁷ 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>. 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>

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

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,⁵⁰ sancionado por la Asamblea Nacional el 5 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,⁵¹ 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 2019,⁵² 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 Nicolás 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 si es un acto de fuerza, y poner fin al “golpe de Estado permanente”

⁵⁰ 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-boliva-riana-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-ve-nezuela-282_LPRFIL20190205_0001.pdf

⁵¹ 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.-

⁵² 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-na-cional-en-desacato>

en el que ha participado la propia Sala Constitucional,⁵³ todo lo cual ha producido una “anormalidad constitucional y legal”,⁵⁴ 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 autorizatorio 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 Nacional 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.⁵⁵

⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la pervisión 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>

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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-CONSOLIDACI%C3%93N-DE-LA-TIRAN%C3%8DA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf> .

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 incurso 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 2019,⁵⁶ 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 2019,⁵⁷ no solo ratificó y amplió 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 PDVSA⁵⁸ 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.

⁵⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/304469-0074-11419-2019-17-0001>. HTML

⁵⁷ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>

⁵⁸ Véase *Gaceta Legislativa*, N° 6, fecha April 10, 2019. Disponible en: <http://www.asamblea.nacional.gob.ve/gacetast>

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,⁵⁹ 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 2019.⁶⁰

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° 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 2019,⁶¹ 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 INVOLABLES 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,⁶² 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.⁶³

⁵⁹ 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

⁶⁰ 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

⁶¹ 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>

⁶² -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.-

⁶³ 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

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 Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho.”⁶⁴ 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.”⁶⁵

En particular, en relación con el proceso penal o sancionatorio en general, la misma Sala Político 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).⁶⁶

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 Supremo 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.*).⁶⁷

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

⁶⁶ Véase sentencia N° 224 de 24-02-2000, en *idem*, pp. 136 y ss.

⁶⁷ Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional del derecho a la defensa se extiende a todas

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador.⁶⁸ 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.⁶⁹ Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege 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.”⁷⁰

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.

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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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 esfera 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.

⁷⁰ Así lo estableció la Sala Política 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)*).

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.⁷¹

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.

⁷¹ Véase en *Revista de Derecho Público* N° 82, EJV, Caracas 2000.

84. 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.

Revista de Derecho Público, N° 157-158, enero-junio 2019,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 375-93

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, supuestamente dictada el 1° 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 1º 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 1º de abril de 2019, lo único que aproximadamente se conoció de la misma, “por escrito,” fue lo “publicado” ese mismo día 1º 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 inmovilización 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.”¹

Es decir, lo único que existía de la sentencia del Tribunal Supremo, aparte de las informaciones de prensa,² fue una información escrita en tweets de lo que el presidente del Tribunal informó verbalmente al

¹ Véase en <https://twitter.com/MaikelMorenoTSJ>

² 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%20Vvfkf?li=AAgXBX>

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,³ en medio de gritos de los integrantes de dicho órgano de “paredón,” sugiriendo que lo que habría que hacer era fusilarlo.⁴

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.”⁵

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 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 disienta “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.”

³ 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 Internacional*, 3 de abril de 2019, en https://www.abc.es/internacional/abci-asamblea-constituyente-venezuela-aprueba-conti-nuar-enjuiciamiento-guaido-201904030412_noticia.html

⁴ 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-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/>

⁵ Véase *Gaceta Oficial* N° 41.609 de 3 de abril de 2019

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 1° 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 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 plenaron 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 “tradición,” 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”⁶ 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 supra-constitucionales de la que hemos llamado fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente,⁷ 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

⁶ 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.

⁷ 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.

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.⁸

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*),⁹ 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.

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 2016,¹⁰ mediante la cual se preparó el camino para la adopción de un acto más irresponsable y definitivo en la confrontación de poderes del Estado,¹¹ 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,¹² 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,

⁸ 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 IUSTEL, 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.

⁹ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-00 0146.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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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/>.

¹² Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>

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 2017,¹³ 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, 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.

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):

¹³ Véase en <http://historico.tsj.gob.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 Nacional,- en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, enero-junio 2107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 271-275

“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;¹⁴ 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:

“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.”

¹⁴ 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/-

De todo lo anterior, concluyó la Magistrada Godoy, que aún en caso de que “alguien pretendiese que el desacato 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 results 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 Twitter, había llevado el mismo día 1º 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.”¹⁵

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 arrebatárle 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

¹⁵ 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=AAgXBX>

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 semipiterna,” 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.

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 írritamente 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 constitucional u onipotente,¹⁶ debiendo considerarse la decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 2 de abril de 2019, como nula e inexistente.

¹⁶ 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 Internacional, 2018, 654 pp.

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 conciencia 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.

85. LA DESAPARICIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN VENEZUELA, COMO PRECIO VIL PARA JUSTIFICAR UNA CONDENA POR DAÑOS MORALES CONTRA EL PORTAL LA PATILLA.COM

Revista de Derecho Público, N° 159-160, julio-dic. 2019,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 319-328

Resumen: *Este comentario analiza la sentencia No. 201 de 4 de junio de 2019 de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ante una solicitud de que decidiera ejerciendo en el caso un control de convencionalidad conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que hizo fue eliminarle a los jueces la posibilidad de ejercer el control difuso de constitucionalidad, concentrando todo el control de convencionalidad en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.*

Palabras Clave: *Control de constitucionalidad. Control difuso. Control de convencionalidad.*

Abstract: *This comment analyzes judgment No. 201 of June 4, 2019 of the Cassation Chamber of the Supreme Court, in which upon a request that it decided on to exercise conventionality control in the case pursuant to the International Covenant on Civil and Political Rights, what it did was to eliminate the possibility for judges to exercise the diffuse control of constitutionality, concentrating all control of conventionality in the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal.*

Key words: *Judicial Review. Diffuse control of constitutionality. Control of conventionality.*

El control de convencionalidad en el ámbito de los derechos nacionales es el control que ejercen los tribunales nacionales cuando les corresponde confrontar las previsiones del derecho interno con aquellas contenidas en instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que deben prevalecer sobre las previsiones nacionales.¹

Este control es independiente del control de constitucionalidad que los mismos jueces nacionales ejercen al confrontar las normas del ordenamiento jurídico (leyes, reglamentos, etc.) con las Constituciones de cada país, conforme a dos métodos: el método difuso, cuando el control de constitucionalidad se asigna como poder-deber de todos los jueces; o el método concentrado, cuando el control de constitucionalidad se atribuye a un solo tribunal, sea un Tribunal Constitucional o al Tribunal Supremo en cada país.² Si bien hay países con control difuso exclusivamente (como Argentina), y países con control concentrado exclusivamente (como Panamá, Chile, Costa o Bolivia), hay países con un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad que combina el control difuso, que ejercen todos los jueces, con el control concentrado, que ejerce un tribunal constitucional o Corte Suprema, como es el caso de Colombia, República Dominicana y Venezuela.³

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2019.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Editorial Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho procesal Constitucional, México 2007.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae N° 5), Bogotá 1995.

En Venezuela, en cuanto al control de convencionalidad, el mismo por tanto le corresponde a todos los jueces cuando deban decidir los casos concretos sometidos a su conocimiento y, para ello, deban aplicar normas de Convenciones internacionales, en cuyo caso se habla de “control difuso de la convencionalidad,” cuando el juez decide inaplicar la norma nacional en el caso concreto cuando sea contraria a las Convenciones internacionales; y además, es el control que también le corresponde realizar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo cuando deba decidir acciones de inconstitucionalidad, para lo cual deban también aplicar Convenciones internacionales, en cuyo caso se habla del “control concentrado de convencionalidad” que concluye con la declaración de nulidad de alguna norma nacional contraria a las Convenciones.

Todo este sistema, sin embargo, ha sido trastocado de manera totalmente irresponsable por la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 201 de 4 de junio de 2019,⁴ dictada en el juicio por daño moral seguido por *Diosdado Cabello vs. Inversiones Watermelon, C.A., (La Patilla)*, en la cual, para declarar sin lugar el recurso de casación formalizado en noviembre de 2018 contra la sentencia del Juzgado Superior respectivo, condenar a la demandada por una cantidad astronómica de dinero para *resarcir como indemnización por daño moral supuestamente* causado al demandante, y además, condenarla a pagar las costas del mencionado recurso extraordinario de casación; la Sala, al declarar improcedente la denuncia que se había formulado contra la sentencia casada, por “vicio de incongruencia negativa” al haberse abstenido de pronunciarse sobre “una solicitud control de convencionalidad,” (p. 29/69) lo que hizo fue hacer desaparecer del sistema venezolano el control difuso de la convencionalidad, eliminándole esa potestad a los jueces, concentrando todo el control de convencionalidad en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. Es decir, lo que ni siquiera esta última Sala, como tribunal constitucional, hizo, fue decretado irresponsablemente la Sala de Casación Civil, sin base jurídica alguna.

I. EL CASO DECIDIDO Y LA INSÓLITA DECISIÓN ELIMINANDO EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD.

En el caso concreto decidido, la empresa demandada, *Watermelon, C.A.*, que es la responsable del portal periodístico *La Patilla.com*, en efecto, en el proceso judicial desarrollado con motivo de la demanda por daño moral que había intentado en su contra el Sr. Diosdado Cabello, había solicitado formalmente al Juez de Primera Instancia y luego, en apelación, al Juzgado Superior respectivo del Área Metropolitana de Caracas, que se pronunciara sobre su denuncia de violación de la libertad de expresión que está regulada, además de en la Constitución, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, en particular en relación con el tema de la penalización de las “expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público;” exigiendo que debía realizarse el correspondiente control de convencionalidad, es decir, “valuar la compatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico interno aplicables, y los estándares universalmente aceptados y compartidos en materia de derechos humanos y el derecho interno venezolano.”

Ante tal denuncia, que fue ignorada por el Juzgado de Primera Instancia, y ante la petición de que fuera considerada por el Juzgado Superior para que éste ejerciera dicho control de convencionalidad en el caso, éste, en su sentencia, que fue el objeto del recurso de casación, se limitó a advertir:

“a la representación judicial del demandado (*sic*) (*rectius demandado*) que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su condición de máximo y último intérprete de la Constitución, además de velar por su uniforme interpretación y aplicación, tiene la facultad, incluso de oficio, de “*verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un control de convencionalidad (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)*” (*Vid. Sentencia 1.547 del 17 de noviembre de 2011*).”

De esta frase, que el “control constitucional que implica lógicamente un control de convencionalidad, el Juzgado Superior “dedujo” erradamente que la Sala Constitucional había resuelto concentrar en su sede el control de convencionalidad, lo cual no era cierto, procediendo así a considerar que en Venezuela se había eliminado el control difuso de convencionalidad, ignorando que, al contrario, en el país, todos los jueces tienen la obligación de ejercerlo. No es cierto, como lo dijo el Juzgado Superior –siguiendo lo expuesto por la parte demandante– que conforme al artículo 334 de la Constitución, los jueces nacionales, “no pueden ejercer un control difuso ni pronunciarse sobre un pedimento de esa naturaleza, porque dicho

⁴ Exp. 2018-000640. Véase en historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/305354-RC.000201-4619-2019-18-640.HTML

control difuso le corresponde a la Sala Constitucional.” Al contrario, el control de convencionalidad les corresponde a todos los jueces, y a la Sala Constitucional también al ejercer además el control concentrado de constitucionalidad.

Precisamente por ello, la parte demandada, en el caso, denunció esta decisión ante la Sala de Casación, explicando en el recurso intentado que el Juzgado Superior “evitó hacer un control de convencionalidad, y con su argumento se despojó de la facultad que le confirió el constituyente para efectuar un control difuso.” Lamentablemente, sin embargo, al argumentar la denuncia, lo que en definitiva hizo la demandada fue confundir el control difuso de constitucionalidad con el control difuso de convencionalidad, argumentando que el Juez Superior había desconocido el poder de los jueces en Venezuela para ejercer el control de constitucionalidad, cuando eso no fue lo decidido. Una cosa es, en efecto, el control difuso de constitucionalidad y otra el control difuso de convencionalidad.

Por ello, en su sentencia, Sala de Casación, al analizar el alegado de que la sentencia del Juzgado Superior había incurrido en el vicio de incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre el control de convencionalidad, expresó que, en realidad, el Juzgado Superior sí se había pronunciado sobre ello, “señalando que el mismo no era de su competencia sino de la competencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia,” aun cuando lo hizo erradamente porque en la mencionada sentencia de la Sala Constitucional N° 1547 de 17 de noviembre de 2011 citada (*Caso de revisión constitucional de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso: Leopoldo López vs. Venezuela*),⁵ en realidad no hubo pronunciamiento sobre un supuesto poder exclusivo de la Sala Constitucional para ejercer el control de convencionalidad, sino solo del principio de que al ejercer un bizarro “control de constitucionalidad” respecto de la sentencia de la Corte Interamericana, también podía ejercer el “control de convencionalidad” para declararla inejecutable en Venezuela.

Precisamente por ese error, el Juzgado Superior dejó sentado que el control de convencionalidad supuestamente era solo competencia de la Sala Constitucional, al punto de considerar que resultaba “insubistente emitir pronunciamiento alguno al respecto señalándose además que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejercer tal control. Así se precisa.”

Ahora, sobre ese error, en el mismo ya había incurrido la propia Sala de Casación Civil, en sentencia anterior N° RC-666, de 13 de diciembre de 2018⁶ que se cita en la sentencia, en la cual consideró que con base en denuncias similares respecto de la posibilidad de los jueces de ejercer el control difuso de convencionalidad, que era “pertinente establecer si tal solicitud podía ser atendida por los juzgados de instancia que conocieron del presente juicio,” analizando para ello los artículos 266 de la Sala Constitucional y los artículos 25.8 y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sobre la competencia de la Sala Constitucional para ejercer la jurisdicción constitucional, en particular, el control concentrado de la constitucionalidad.

Después de transcribir el contenido de esas norma, la Sala de Casación se refirió a la antes mencionada sentencia de la Sala Constitucional N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011, en la cual la misma se pronunció “sobre su competencia para conocer en la *acción innominada de control de constitucionalidad* “ que había formulado la Procuraduría General de la República, respecto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, que condenó al Estado por violación a los derechos políticos de Leopoldo López, por supuestamente “existir una aparente antinomia” entre la Constitución, “la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”

La Sala Constitucional, en la sentencia citada, siguió su análisis refiriéndose también a otra sentencia dictada con anterioridad N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (*Caso: revisión constitucional de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*), en la cual también se había pronunciado “sobre la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Apitz Barbera y otros vs.*

⁵ V., Allan R. Brewer-Carías, -El ilegítimo -control de constitucionalidad- de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela*, 2011,- en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

⁶ *Expediente N° 2018-377*, caso: Carlos Alberto Osorio Zambrano contra Carlos Humberto Tablante Hidalgo e Ismael Concepción García

Venezuela), fecha 5 de agosto de 2008.⁷ Sin embargo, de todo ello, lo que concluyó fue considerando que, con base en otra sentencia, la N° 1077/2000, lo que procedía era hacer una interpretación constitucional, “a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.” Agregando que ante la ausencia de alguna norma legal que previera tal competencia (omisión legislativa), resolvió pura y simplemente asumir:

“la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar *en esta oportunidad* esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

También hizo referencia la Sala de Casación en la sentencia N° 666 de 13 de diciembre de 2018, a otra sentencia de la Sala Constitucional N° 1175 de 10 de septiembre de 2015, (Caso Radio Caracas Televisión), en la cual también se pronunció respecto a su competencia para conocer de la “acción de control de convencionalidad”, en la solicitud efectuada por la Procuraduría General de la República, en la cual afirmó que:

“en cualquier modalidad de control de constitucionalidad, podría ser necesario ejercer un control de convencionalidad cuando en el análisis de un caso estén presentes normas relativas a derechos humanos contenidos en una o varias convenciones internacionales válidamente suscritas y ratificadas por la República Bolivariana de Venezuela, que pudieran contradecir una disposición constitucional interna.”

De todo ello, concluyó la Sala Constitucional en ese caso, “con fundamento en el artículo 335 constitucional y el precedente establecido en la sentencia número 1.547/2011 del 17 de octubre,” declarándose “competente para conocer de la solicitud de control de constitucionalidad solicitada.”

Y luego de referirse a todos estos precedentes y decisiones de la Sala Constitucional, que se referían todos a los supuestos de ejercicio de acciones innominadas de *control de constitucionalidad* contra sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre la cual la Sala Constitucionalidad reconocía que *en esos casos* también debía ejercer un control de convencionalidad, la Sala de Casación incurrió en el craso error de deducir que la Sala Constitucional, conforme a todo ello, supuestamente tenía el monopolio para ejercer el *control de convencionalidad*, barriendo de un plumazo la potestad que tienen todos los jueces en Venezuela para ejercerlo, concluyendo en el caso concreto que estaba decidiendo que:

“la solicitud de control de convencionalidad realizada por los codemandados en su escrito de contestación *debió haber sido presentada ante la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia* como máximo y último intérprete de la Constitución, pues, es la Sala competente para establecer la aplicabilidad o no de los denunciados artículos 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además, es la Sala garante para hacer valer el principio de la supremacía de la Constitución a través de su defensa, para que sus juzgadores no deban aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, es la última verificadora si las normas denunciadas contradicen a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Y no contenta con esta errada declaración, la Sala de Casación, en la antes mencionada sentencia N° 666 de 13 de diciembre de 2018, fue más contundente en su disparate constitucional, declarando que “no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control”, y que en caso de que se plantase la cuestión de convencionalidad ante los tribunales de instancia y tribunales superiores, no es:

⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, -La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,- en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136; y en *Gaceta Constitucional*. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Gaceta Jurídica*, T. 16 Año 2009, Lima 2009, pp. 17-48.

“de su competencia conocer de dicho control constitucional, como lo está sustentando esta Sala en este fallo, lo que amerita que se le haga un llamado de atención al respecto a los ciudadanos jueces de instancia, para que en casos similares se pronuncien, señalando a los justiciables que dicha decisión no es de su competencia jurisdiccional y en consecuencia el alegato sea desechado, más no guardar silencio al respecto en incongruencia negativa. Así se declara...”

Con base en todos estos antecedentes, en la sentencia de la sala Constitucional N° 201 de 4 de junio de 2019, que se comenta, la Sala de Casación lo que hizo fue reiterar su sentencia de 2018 antes citada, y volver a incurrir en el mismo disparate constitucional, reiterando sin fundamento alguno que:

“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, *dicho control constitucional de convencionalidad* o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano.”

Es decir, en definitiva, la Sala de Casación, en sus sentencias, “interpretó” las bizarras sentencias de la Sala Constitucional sobre control de constitucionalidad respecto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de ellas dedujo lo que la Sala Constitucional nunca dijo y que supuestamente es que el control de convencionalidad está reservado en Venezuela a la Sala Constitucional, eliminando así el poder de control de convencionalidad que tienen todos los jueces en el país.

II. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PODER-DEBER DE TODOS LOS JUECES NACIONALES

En efecto, la esencia del control de convencionalidad, como competencia de todos los jueces nacionales en el ámbito interno de los países, la precisó la Corte Interamericana de derechos Humanos, entre otras, en la sentencia dictada en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 2006, cuando indicó que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.”

Agregando que en esos casos:

“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.”⁸

El control de convencionalidad es, por tanto, en el orden interno, una tarea asignada básicamente al “Poder Judicial” en general, es decir, a los “jueces y tribunales internos” sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país. Como lo dijo con toda precisión el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de la propia Corte Interamericana de 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno “convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana... Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.”⁹

Por ello, como también lo expresó Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al mismo caso:

“no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los

⁸ V., sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulo/los/seriec_158_esp.pdf

⁹ V., Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. V., en igual sentido, Eduardo Ferrer Mac Gregor, -Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDap, Querétaro, México 2012, p. 141. V., Néstor Pedro Sagües, -El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDap, Querétaro, México 2012, p. 428.

veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 32 y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, 33 de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.”¹⁰

Esto significa entonces que, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad corresponde ser ejercido en el ámbito interno por todos los jueces y tribunales, sin distingo,¹¹ lo que implica:

En *primer lugar*, que se ejerce en las Jurisdicciones Constitucionales, es decir, por todos los Tribunales Constitucionales o las Salas Constitucionales de los Tribunales Supremos, independientemente de que ejerzan dicho control de constitucionalidad concentrado en forma exclusiva (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay) o combinado con el método difuso como sería la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en Venezuela.

En *segundo lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales (incluyendo las Cortes Supremas) que en el orden interno ejerzan un control difuso de la constitucionalidad, sea que se trate de la única forma de control de constitucionalidad existente en el país (Argentina) o que lo ejerzan en forma combinada con el método concentrado, como es el caso de Venezuela (y el caso de Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana).

Y en *tercer lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales aun cuando en el orden interno no tengan asignado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad (como es el caso de Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Honduras, Paraguay, Uruguay), pues en definitiva, si bien se pueden establecer semejanzas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad,¹² se trata de dos procesos distintos, de manera que en ningún caso se puede considerar al control de convencionalidad como un control de constitucionalidad, particularmente porque cuando se ejerce en el orden interno, su fuente no se encuentra en la Constitución de los respectivos países, sino en la Convención Americana como integrante que es del bloque de la constitucionalidad.

III. SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En consecuencia, el desarrollo del control de convencionalidad no se supedita a la existencia de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haberse desarrollado en cada país,¹³ debiéndose establecer el necesario deslinde entre ambos. Y si bien es útil hacer la comparación entre uno y otro, como lo hizo en su momento el juez García Ramírez, por ser distintos ambos controles,¹⁴ ello no autoriza a hacer depender el funcionamiento del último respecto de lo que se establezca en el primero.

¹⁰ V., Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 20, 23), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. En el mismo Voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor agregó que -la doctrina del -control difuso de convencionalidad- establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios a todos los jueces nacionales, que deben ejercer dicho -control- con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.- *Ídem*, Párr. 33. V., igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, -Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 139

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2019.

¹² V., Karlos A. Castilla Juárez, -El control de inconvencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso *Radilla Pacheco*,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 337.

¹³ V., en general, Allan R. Brewer-Carías, -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.

¹⁴ V., Claudio Nash Rojas, -Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas’,- en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65

Como lo definió la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el ámbito interno el control de convencionalidad “implica que todos los jueces, sin distinción, pueden ejercerlo,”¹⁵ independientemente de que el sistema de justicia constitucional no admita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.¹⁶

En consecuencia, puede decirse, afirmativamente, que en todos los sistemas donde existe un control difuso de la constitucionalidad, no hay duda que todos los jueces también tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, así el control concentrado no exista (como es el caso de Argentina), o el control difuso está establecido en paralelo al control concentrado (como es el caso de Colombia y Venezuela).

Es solo en los sistemas donde no existe control difuso de constitucionalidad, donde se ha planteado la duda de la existencia del control difuso de convencionalidad. En nuestro criterio, en dichos países, la verdad es que nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplican directamente las previsiones de la Convención Americana puedan ejercer el control difuso de convencionalidad. Tal es el caso, por ejemplo, en los países en los cuales existen sistemas de justicia constitucional exclusivamente concentrados (Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay), donde además de que las previsiones de la Convención Americana formen parte del bloque de constitucionalidad, las mismas obligan a todos los jueces y tribunales nacionales, siendo de aplicación directa por parte de todos ellos.

Sin embargo, ha sido solo en esos países donde solo existe control concentrado de constitucionalidad y no existe control difuso de constitucionalidad, donde se ha discutido el tema. Por ejemplo, en Chile, a pesar de coincidir con que el control de convencionalidad es distinto al control de constitucionalidad, Humberto Noguera Alcalá, hace depender uno de otro y considera que, en dicho país, el control de convencionalidad sólo lo puede ejercer el órgano que ejerce el control de constitucionalidad que en ese caso es de carácter concentrado, que es el Tribunal Constitucional.¹⁷

Al contrario, Néstor Pedro Sagües, considera que todos los jueces en el ámbito interno deben ejercer el control de convencionalidad “que, aunque no se encuentre habilitado para declarar la inconstitucionalidad, v.gr., a una regla del Código Civil, de todos modos, tiene, en el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme y no contra, a la Constitución Local.”¹⁸

En el caso de Venezuela, por tanto, existiendo un sistema de control de constitucionalidad de carácter mixto, concentrado y difuso, no hay duda que todos los jueces, incluso la Sala Constitucional, en sus respectivas competencias, tienen el poder de ejercer el control de convencionalidad.

Por tanto, incluso aceptando la afirmación de la Corte Suprema de México en sentencias de diciembre de 2011, en el sentido de que el ejercicio de este control difuso de convencionalidad “deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país” o que “debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente,”¹⁹ con lo cual no estamos de acuerdo, ello no afectaría

¹⁵ V., Alfonso Jaime Martínez Lazcano, -Control difuso de convencionalidad en México,- en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, p 201.

¹⁶ V., las dudas y discusión sobre esta posibilidad de que todos los jueces ejerzan en el ámbito interno el control de convencionalidad aun cuando el sistema de control de constitucionalidad adoptado no los autorice a ejercer el control difuso de constitucionalidad, en Aylín Ordóñez Reyna, -Apuntes a él control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas- de Víctor Bazán, en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 75, 76, 81.

¹⁷ V., Humberto Noguera Alcalá, -Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDap, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

¹⁸ V., Néstor Pedro Sagües, -El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDap, Querétaro, México 2012, p. 426.

¹⁹ V., las sentencias en Alfonso Jaime Martínez Lazcano, -Control difuso de convencionalidad en México,- en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 209-

sino a los países con sistemas de justicia constitucional concentrada establecida en forma exclusiva como Panamá,²⁰ Costa Rica o Chile;²¹ pero en forma alguna a los países que tienen establecido el control difuso de constitucionalidad, como es precisamente el caso de Venezuela.

Por ello, es un disparate injustificable que la sala de Casación Civil del Tribunal Supremo haya renunciado a ejercer el control de convencionalidad, haya prohibido materialmente a todos los jueces ejercerlo, y haya resuelto que el mismo debe estar concentrado en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como lo ha hecho en la sentencia No. 201 de 4 de junio de 2019 antes comentada.

210. V., igualmente las referencias en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 41, 80.

²⁰ V., Allan R. Brewer-Carías, -El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado,- en *Revista Novum Ius*, Edición N° 15°, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010, pp. 130-168

²¹ Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, V., Humberto Noguera Alcalá, -Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,- en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

86. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN EN CASOS DE DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTABLECIDO COMO “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN 2014 Y 2019, EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

Revista de Derecho Público, N° 159-160, julio-dic. 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 329-339

Resumen: *La Sala Constitucional en contra de lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo estableció en 2014 y 2019, la competencia de los jueces de amparo para imponer la sanción de prisión a quienes desacaten sus sentencias de amparo, estableciendo un procedimiento para asegurar un doble control de las decisiones por parte de la Sala Constitucional.*

Palabras Clave: *Amparo. Desacato de sentencias. Prisión.*

Summary: *The Constitutional Chamber has established in 2014 and 2019, contrary to what is provided in article 31 of the Organic Law of Constitutional protection, the power of the ordinary judges on matter of constitutional protection proceeding, to impose the sanction of prison in cases of contempt, regulating a procedure in order to control, twice, the content of the judicial decisions.*

Keywords: *Amparo Proceeding. Contemp. Prison.*

I. EL RÉGIMEN DEL DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EL INICIO DE SU TRASTOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de 1988, en Venezuela, el desacato de las sentencias de amparo está tipificado en dicha norma como un delito, cuyo juzgamiento, dada la ausencia de previsión de un procedimiento judicial específico, corresponde a los tribunales competentes de la jurisdicción penal ordinaria, mediante un proceso penal, con las garantías del debido proceso, no teniendo el juez de amparo competencia para sancionar en forma alguna el desacato de sus decisiones.

En esta forma, la ley venezolana, sigue la orientación de las leyes reguladoras del amparo en América Latina, en las cuales no se prevé para los jueces de amparo facultad directa de castigar, mediante la imposición de sanciones penales, el desacato a sus órdenes;¹ el juez de amparo no tiene legalmente potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, a sólo procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

Ello sin embargo comenzó a ser trastocado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014 (Caso: *Alcalde Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore*

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías. *Leyes de Amparo de América Latina, Con un estudio preliminar sobre el amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, Segunda Edición aumentada y actualizada, Colección Derecho Público Iberoamericano N° 3, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas - New York, 2016.

Lucchese Scaletta),² en la cual, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó directamente la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el “instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.³

En efecto, luego de que un conjunto de asociaciones y cooperativas de comerciantes interpusieron una denominada demanda “por derechos e intereses colectivos o difusos” conjuntamente con una petición de medida cautelar innominada contra el Alcalde *Vicenzo Scarano Spisso* y el Director de la Policía Municipal de un Municipio del Estado Carabobo (San Diego) *Salvatore Lucchese Scaletta*, para que removieran supuestas obstrucciones en las vías públicas del Municipio que se habían producido por protestas populares contra las políticas del Gobierno, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, que les “fue notificada vía telefónica” a dichos funcionarios, acordó el amparo constitucional cautelar solicitado, y en líneas generales ordenó a los Alcaldes, entre múltiples actividades de tipo administrativo que son propias de la autoridad municipal como velar por la ordenación de la circulación, la protección del ambiente, el saneamiento ambiental, la prevención y control del delito, y en particular que debían realizar acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios:

“a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio.”⁴

Cinco días después de dictada la referida sentencia acordando la medida de amparo cautelar, la Sala Constitucional, en sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, sin que nadie se lo solicitara ni advirtiera, es decir, actuando de oficio, y con el propósito de sancionar directamente a los destinatarios de la medida cautelar por presunto desacato a la medida cautelar decretada, procedió a fijar un procedimiento *ad hoc* para ello, a los efectos de determinar “el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo,” identificando a su vez a la persona que habría incurrido en delito, anunciando además que “en caso de quedar verificado el desacato,” verificación procesal que la propia Sala haría en sustitución del juez penal, en contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo, la misma Sala impondría:

“la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitirá la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.”

Es decir, la Sala Constitucional resolvió usurpar la competencia de la Jurisdicción Penal y anunció que verificaría la comisión del delito de desacato, identificando a los autores que habían incumplido el mandamiento de amparo constitucional que había dictado, por lo que les impondría directamente la pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses, que es la sanción penal prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica, y con ello la revocación de hecho del mandato popular que tenían. Ni más ni menos, el Juez Constitucional se erigió en el perseguidor de los funcionarios públicos electos responsables de los gobiernos municipales en los Municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario, para sacarlos de sus cargos.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205>. HTML

³ Véase nuestra crítica a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -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 Vicenzo Scarano Spisso y Daniel Ceballo), en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

⁴ Contra esta decisión de mandamiento de amparo cautelar el Alcalde del Municipio se opuso a la misma mediante escrito de 18 de marzo de 2014, y al día siguiente, el día 19 de marzo de 2014, la Sala Constitucional con base en el argumento de que en el procedimiento de amparo no debe haber incidencias, declaró como -IMPROPONIBLE en derecho la oposición al mandamiento de amparo constitucional cautelar planteada por el ciudadano Vicenzo Scarano Spisso.- Véase la sentencia N° 139 de 19 de marzo de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162073-139-19314-2014-14-0205>.HTML

Para incurrir en este abuso de poder y usurpación de competencias exclusivas de los jueces de la Jurisdicción Penal, la Sala Constitucional, por supuesto, violó todos los principios más elementales de la garantía del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución, entre ellos, el derecho de toda persona a ser juzgado a través de un proceso penal desarrollado ante jueces penales, que son el juez natural en la materia; el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

II. LA ASUNCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA PARA IMPONER LA SANCIÓN PENAL POR DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO EN CONTRA DE LO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EN EL CÓDIGO PENAL

La anunciada y esperada sentencia en el caso de *Vicencio Scarano Spisso*, Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y de *Salvatore Lucchese Scaletta* Director General de la Policía Municipal de San Diego del Estado Carabobo, anunciada para revocarles el mandato popular, se adoptó en la audiencia de fecha 19 de marzo de 2014, y que fue publicada con el N° 245 el día 9 de abril de 2014,⁵ enjuiciándolos, condenándolos penalmente y encarcelándolos, y en cuanto al Alcalde Scarano, revocándole su mandato popular, es un compendio de violaciones al debido proceso que está garantizado en el artículo 49 de la Constitución, y que el “máximo garante de la misma” simplemente violó impunemente.⁶

Violación que comenzó con las garantías del debido proceso, al haberse a “juzgado”, condenado y encarcelado a los funcionarios municipales por el “delito” de desacato de una decisión cautelar de amparo, por un tribunal incompetente por no ser parte de la Jurisdicción penal, es decir, violándose el derecho al juez natural, sin proceso penal alguno cuando al tratarse de un hecho punible de acción pública se requería de la iniciativa del Ministerio Público, mediante un procedimiento sumarísimo en el cual la Sala Constitucional actuó como juez y parte, invirtiendo la carga de la prueba, al presumir la culpabilidad de los encausados, violándose el derecho a la presunción de inocencia, y además, el mismo derecho a la defensa. La Sala, en efecto, para declarar el desacato se basó en “recortes de prensa” que supuestamente “acreditaban” un “hecho notorio comunicacional,” que le dieron “certeza y convencimiento de que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta son responsables del desacato al amparo cautelar decretado en sentencia dictada el 12 de marzo de 2014,” concluyendo de ello que había quedado “demostrada la falta de acatamiento del amparo cautelar dictado por esta Sala, por parte de los encartados de autos, quienes incumplieron las órdenes contenidas en el mismo.”

Luego de declarar el desacato al mandamiento de amparo, la Sala consideró “de manera definitiva” que la conducta de los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta encuadraba “en el supuesto de hecho del precepto establecido en el artículo 31 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,” pasando entonces a constatar que la Constitución dispone que corresponde al poder Judicial “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias” (art. 253), para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos “expeditos y eficaces,” con el revestimiento “a la jurisdicción de la fuerza coercitiva necesaria para que ello pueda materializarse de manera efectiva,” como supuestamente resulta del citado artículo 31 de la Ley de Amparo.

Sobre esta norma, que prevé, como se ha visto, una sanción penal tipificada como delito con pena de prisión para quienes desacaten decisiones de amparo, que sólo puede aplicarse por la Jurisdicción Penal, luego de constatar que el artículo 28 de la Ley de Amparo le atribuye potestad sancionatoria de arresto al juez de amparo –inconstitucional por lo demás– en casos de amparos temerarios, pasó a hacer una afirmación insólita, sin base legal alguna, en el sentido de que:

⁵ Véase la sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014 (Caso: *Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HT> ML. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014 y en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 111 ss. Véase la crítica a la sentencia 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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

⁶ Lo decidido en esta sentencia se repitió en la sentencia adoptada en la audiencia del día 25 de marzo de 2014, y publicada con el N° 263 el 11 de abril de 2014 dictada en contra del Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Daniel Ceballos, en la cual se aplicó la -doctrina vinculante- que se había establecido inconstitucionalmente en la sentencia 245, e igualmente, se lo enjuició, condenó penalmente, encarceló y se le revocó su mandato popular en contra de todos los principios del debido proceso.

“si bien no hace referencia expresa “al tribunal” como ente sancionador, lo que pudo estimarse innecesario por parte del legislador, [...] ello no es determinante para privar al juzgador de amparo, cuya decisión ha sido desacatada [...], de aplicar tal sanción en protección no sólo de los derechos que persigue tutelar mediante la misma y el proceso que la contiene, sino también de la labor del juez y del sistema de administración de justicia, pues si no hubiere una reivindicación inmediata de la decisión adoptada, la jurisdicción perdería la fuerza suficiente para cumplir las atribuciones que le asigna la Constitución y el resto del orden jurídico, dejando pasos a otras formas de control de los conflictos e interacciones sociales, que no sólo pudieran contrariar la parte orgánica de la Constitución, sino y sobre todo, su dimensión dogmática: valores, principios, derechos y garantías.”

Con base en esto, la Sala Constitucional, consideró que el hecho de que la misma no tuviera conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, la posibilidad de sancionar los desacatos a sus mandamientos, ello implicaría “un desacato a la ley,” como también lo sería el tener que dirigirse al Ministerio Público para que este, si lo estima, iniciase la acción penal correspondiente, lo que podría hacer “completamente ilusorio el cumplimiento del mandamiento de amparo.” Por ello, para supuestamente “garantizar los artículos 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 253 de la Constitución,” la Sala concluyó como si fuera un tribunal penal, imponiendo directamente a los mencionados ciudadanos Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta la sanción de prisión en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, y con ello la pena accesoria de la inhabilitación política prevista en el artículo 24 del Código Penal.

Esta decisión de la Sala Constitucional, de aplicar estrictamente la ley (Código Penal) para imponer una pena accesoria pero ignorando lo que la ley dispone para aplicar la pena principal, que es la que origina la accesoria, la llevó a tratar de justificar lo injustificable, argumentando sobre la competencia para imponer dicha pena principal, que la misma Sala “en algunas decisiones” citando las N° 74 del 24 de enero de 2002 y N° 673 del 26 de marzo de 2002, le había dado correctamente el tratamiento que se le da a los ilícitos penales,

“en el sentido de que, al advertir el desacato, ordenaba oficial al Ministerio Público para que investigara si se cometió o no el desacato y, si así lo estimare, acusara ante la jurisdicción penal o, en su defecto, solicitara el sobreseimiento de la causa o archivara el expediente. Actuación que se desplegaba aun a pesar de haber podido comprobar el hecho del desacato por notoriedad comunicacional o por medios de prueba que constaban en la causa.”⁷

Frente a ello, todo el argumento subsiguiente de la Sala Constitucional en su sentencia se redujo a un rebuscado intento de ignorar su propia jurisprudencia, indicando que, en este caso, *la demanda de amparo había sido intentada ante la propia Sala Constitucional* en protección de derechos e intereses colectivos, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, y que la misma había dictado conforme a dicha Ley, una medida de amparo cautelar. Por ello, entonces, afirmó la Sala, que su propia doctrina “no puede permanecer estática” cuando la Ley Orgánica de Amparo no establece “procedimiento alguno para la valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento de amparo a efectos de su remisión al órgano competente,” pasando luego a apelar al expediente de que conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, “cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir, se aplicará el que exclusivamente las Salas de este Alto Tribunal juzguen más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento

⁷ Se le olvidó a la Sala Constitucional, sin embargo, hacer referencia y copiar su más reciente sentencia en la materia que fue la No. 1013 de 11 de julio de 2012, en la cual cita a su vez la sentencia N° 341 de 1° de marzo de 2007 y otras decisiones anteriores, en la cual -expresamente se estableció sobre lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: que -se trata de una *pena corporal* que se prescribe para toda aquella persona que incurra en el supuesto de desacato del contenido de un mandamiento de amparo, y *esto es propio de la jurisdicción penal. Así lo ha ratificado la jurisprudencia, al considerar que es dicha jurisdicción, la encargada de conocer las causas iniciadas por incumplimiento de mandamiento de amparo.* - En sentencia del 31 de mayo de 2001 (Caso: *Aracelis del Valle Urdaneta*) la Sala dijo: -(...) *Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga -le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)- (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas).* Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: -al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 *ejusdem*, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.- (Caso *Ramón Isidro Nava Aponcio*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1013-11712-2012-2011-1466.HTML>

legal,” ignorando por supuesto, que en materia de aplicación de una pena de prisión como pena principal, si hay un procedimiento establecido que es el del Código Orgánico Procesal Penal a ser desarrollado exclusivamente por los tribunales de la Jurisdicción penal.

En este marco de ignorancia deliberada de lo que la ley establecía, fue que la Sala en su sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, considerando que la Ley del Tribunal Supremo era de 2010 y que aplicar la ley, es decir, el Código Orgánico Procesal Penal, no era el “tratamiento jurídico que debe dársele al referido ilícito” penal, apeló entonces inconstitucionalmente a la previsión del artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo para “determinar el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo cautelar decretado,” citando así a los “encausados” a una audiencia oral en la cual no se garantizaron en forma alguna los principios del debido proceso legal, para proceder de inmediato, como se lo exigía el poder político, a declarar su culpabilidad, condenarlos y encarcelarlos *ipso facto*, en un solo acto y momento en el cual supuestamente podían exponer “los argumentos que a bien tuvieran en su defensa.” Y todo ello, tratando de justificar que la norma sancionatoria del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, a pesar de que fija un tipo delictivo de desacato y una sanción penal de prisión, supuestamente, “carece de carácter penal” porque ninguna norma la califica como “ilícito penal.”

O sea que de acuerdo con la Sala, una tipificación de una conducta en una norma legal como “delito,” sancionado con pena de “prisión,” no sería un “delito,” sino quién sabe qué otra cosa, lo que por tanto no amerita aplicar las garantías del debido proceso, que son entre otras, el derecho al juez natural (jurisdicción penal), y a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa; y todo para tratar de tratar de justificar que en esos casos es el propio juez que lleva el proceso el que debe aplicar la sanción, máxime -a juicio de la Sala- cuando se trate de decisiones que “dicte este Máximo Tribunal de la República, en tutela de intereses y derechos constitucionales.” Todo ello, por supuesto, es totalmente inconsistente con el régimen de protección de la libertad individual, que garantiza que sólo mediante decisión de un juez penal se puede imponer una pena privativa de libertad como la de prisión, siendo absolutamente falaz la argumentación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia de que “no toda norma que contenga sanciones restrictivas de la libertad es necesariamente una norma penal.” Ello es cierto, sólo referido a las sanciones de “arresto” establecida como sanción administrativa (incluso la impuesta por autoridades judiciales), pero simplemente no es cierto si se refiere a la pena de “prisión,” que siempre, siempre, tiene carácter penal, por más que la Sala pretenda decir que “que hoy día, materialmente hablando, [el arresto] no reporta mayores diferencias con la prisión.” A la luz de toda la doctrina citada y copiada en la sentencia, al contrario, si hay diferencia, por lo que la pena de “prisión” impuesta por desacato de una medida de amparo, por más que la Sala la considere anacrónica, sí es una sanción que pertenece “al derecho penal” y no simplemente al derecho público,” pues no es una simple sanción a una “desobediencia o conducta indebida ante un tribunal.”

Por lo demás, se le olvidó a la Sala que el arresto, al no ser una pena, no conlleva la pena accesoria de inhabilitación política; en cambio la pena de prisión si la conlleva, como la propia Sala lo aplicó en este caso. No se entiende entonces cómo la Sala pudo empeñarse en negarle el carácter de pena, de derecho penal a la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, pero a la vez empeñarse en aplicarle la pena accesoria de inhabilitación política que sólo procede cuando hay una “pena (penal) principal, como la de prisión.

Después de estos argumentos contradictorios, la argumentación de la Sala se quedó en rumiar sobre lo ineficaz que sería “la intervención penal en el caso del desacato de amparo,” y sobre “la presencia de tal ilícito en una ley no penal” como la Ley Orgánica de Amparo; y todo para justificar el inconstitucional procedimiento establecido en su decisión para juzgar y condenar por tal delito de desacato, sin seguir el debido proceso penal, considerándolo como “una intervención jurisdiccional absolutamente legítima,” y pretender “asimilar” la sanción penal al desacato en materia de amparo y la sanción penal de prisión, a las simples sanciones administrativas y jurisdiccionales de arresto que prevén muchas normas del ordenamiento procesal aplicables por los propios jueces.

Por todo ello, no puede sino causar asombro cómo la Sala Constitucional en su sentencia, concluyó afirmando que con la decisión adoptada de condenar y encarcelar a un Alcalde y a un alto funcionario municipal por el “delito” de desacato de una sentencia de amparo que según su propia calificación es un delito “de acción pública,” imponerles una “pena de prisión” como “pena principal,” y además la “pena accesoria” de inhabilitación política, —con ello dijo—:

“la Sala no pretende juzgar ilícito penal alguno vinculado a esta causa, pues lo que está siendo objeto de decisión es si hubo o no desacato a la decisión que dictó, y, al haberlo corroborado, imponer la consecuencia jurídica que le obliga atribuir, en estos casos, la ley (artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo).”

O sea que la Sala Constitucional sin garantizar en forma alguna el debido proceso, juzgó un ilícito penal sin proceso penal alguno, impuso una sanción penal como pena principal (pena de prisión), e inhabilitó políticamente a los condenados (pena accesoria a la principal), diciendo sin embargo que no se estaba juzgando ilícito penal alguno vinculado a la causa. Y, además, para justificar la inconstitucionalidad cometida, concluyó que ello lo hacía “*en ejercicio de la potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional*,” que supuestamente “no se contrapone a la competencia penal del Ministerio Público, de la policía de investigación penal y de la jurisdicción penal (*stricto sensu*), la cual no se extiende hasta este ilícito judicial constitucional de desacato.”

Aparte de que para que exista una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional” se requiere texto legal expreso que la regule, la única forma de quitarle el carácter penal al supuesto “ilícito judicial constitucional de desacato” que no es nada más que en palabras de la Sala “un hecho punible de acción pública” es mediante una reforma de la ley, y no mediante una sentencia de la Sala Constitucional.⁸

III. LA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2014 DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO EXCLUYENDO LA APLICACIÓN DE LAS “REGLAS DEL PROCESO PENAL Y DE LA EJECUCIÓN PENAL” EN CASO DE DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO, ATRIBUYÉNDOLE A LOS PROPIOS JUECES DE AMPARO LA COMPETENCIA PARA DECIDIR EN LA MATERIA

En definitiva, después de todos estos argumentos para justificar lo injustificable, y poner fin a cualquier discusión en la materia, y en virtud de la necesidad que tenía la Sala Constitucional de enjuiciar y encarcelar a dos alcaldes de oposición en un momento particular de crisis política y manifestaciones callejeras, la Sala Constitucional en su sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014 procedió a “reformular” en general lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo “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.”

En esta forma, la Sala Constitucional sin invocar específicamente su potestad de establecer “interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de normas o principios constitucionales” prevista en el artículo 335 de la Constitución, en realidad procedió a establecer con carácter vinculante la interpretación

⁸ Por ello, con razón, al conocerse la sentencia, los profesores Alonso Medina, Alberto Arteaga y José Luis Tamayo expresaron, en rueda de prensa transmitida por el canal de internet de *El Nacional*: -su estupor frente a un acto de la Sala Constitucional que consideran -incalificable-, porque a su ver y entender no respeta ninguna regla constitucional ni derecho a la defensa. Coinciden en señalar que en este día el Tribunal Constitucional abre una nueva etapa en la administración de la justicia en Venezuela al asumir ilegalmente una parodia de juicio penal, sin acusación por delante, actuando como juez de instrucción (no vigente en el ordenamiento jurídico venezolano actual), y dictando una condena que viola flagrantemente normas procesales y el principio de libertad. En este acto sin nombre, indican que se viola todo principio constitucional comenzando (1) por el Principio fundamental de la Competencia, que es de materia de orden público, y pasando por (2) el Principio de Juez Natural; (3) el Principio del Derecho a la Defensa; y (4) el principio del Debido Proceso. Además de que viola completamente el Código Orgánico Procesal Penal Véase en -La anti justicia-, VenEconomia.com, 10 de abril de 2014, en http://www.veneconomia.com/site/mo-dulos/m_visor.asp?pub=4228

de una norma legal; es decir, del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, “despenalizando” el tema y atribuyéndole a todos los jueces de amparo la competencia para conocer del desacato de las sentencias de amparo y para imponerle a los responsables, en sustitución de la jurisdicción penal, la pena de prisión por desacato a las sentencias de amparo que dicten.

Sin embargo, de lo que siguió en la sentencia puede deducirse que la Sala Constitucional no quedó totalmente convencida de la “interpretación vinculante” que hizo, atribuyéndole a los jueces de amparo en todas las jurisdicciones para resolver por sí los desacatos a sus propias sentencias e imponer penas de prisión a los que las desacataran, por lo que, además, fijó, también con carácter vinculante un procedimiento específico, a los efectos de asegurar que la Sala Constitucional tendría la posibilidad de ejercer un control previo a la ejecución de las sentencias de desacato, sobre las actuaciones de los jueces de amparo en la materia, disponiendo que:

“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.”

La Sala concluyó su sentencia, entonces, después de declarar el desacato al mandamiento de amparo que había dictado en la sentencia N° 136, en el que habrían incurrido Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, y sancionarlos conforme al previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo a cumplir diez (10) meses y quince (15) días de prisión, cesándolos en el ejercicio de sus cargos, indicando que:

“en atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala ordena la publicación íntegra del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Judicial*, en cuyos sumarios deberá indicarse lo siguiente:

“*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece, 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 establece el procedimiento que deben seguir los Tribunales de la República para aplicarla*”.

IV. LA NUEVA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2019 EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL. MODIFICATORIA DE LA ANTERIOR, PARA ASEGURAR EL CONTROL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Con base en la “interpretación vinculante” de 2014, antes indicada, tribunales competentes en materia de amparo todas las jurisdicciones, comenzaron a enjuiciar a quienes desacataron sus sentencias de amparo y a imponerles las penas de prisión previstas en la Ley Orgánica de Amparo, buscando privarlos de libertad tal y como lo había autorizado la Sala, enviándole a la misma los expedientes en consulta, “saltándose” los respectivos tribunales superiores (*per saltum*), antes de ejecutar las sentencias.

Entre las sentencias recibidas por la Sala, estuvo la dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, de fecha 18 de septiembre de 2015 (expediente N° 24.972), mediante la cual dicho tribunal 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.*”

La Sala Constitucional se declaró competente para conocer en consulta sobre lo decidido por el tribunal de instancia, y dictó la sentencia N° 145 de 18 de junio de 2019 (Caso: Joe Taouk, Jajaa),⁹ destacando en general, que “por notoriedad judicial” había venido:

⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 ss.

“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.”

Con base en esos excesos, la Sala Constitucional estimó necesario variar el “criterio jurisprudencial sentado en la antes mencionada sentencia N° 245 de 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; y “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,” con el “objeto de evitar el uso indebido de la aludida institución,” procedió a cambiar su “interpretación vinculante” con el objeto de:

“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.”

Y en esta forma, “a partir de la publicación” de la sentencia N° 145 de 18 de junio de-2019 en la Gaceta Oficial, la Sala Constitucional estableció “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.”

Es decir, que la consulta obligatoria de las sentencias de jueces de instancia sobre desacato de sentencias de amparo a partir de abril de 2019 no solo debe realizarse luego de dictarse sentencia, pero antes de su ejecución, sino también, obligatoriamente, antes de dictarse la sentencia. Así, estableció la Sala:

“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.”

Por supuesto, la “interpretación vinculante” solo se dirigió a los casos de decisiones de los tribunales de instancia en la materia, y no a los casos en los cuales sea la propia Sala Constitucional la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, en cuyo caso debe aplicarse, “sin más, el procedimiento establecido en la mencionada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014.”

Con base en todo ello, la Sala Concluyó su sentencia no solo declarando su competencia para “en consulta *per saltum*” la sentencia que fue sometida a su conocimiento, revocándola y declarando sin lugar el desacato en el caso concreto, sino ordenando que el fallo fuese publicado en la Gaceta Oficial y en la Gaceta Judicial, con la indicación, en los “sumarios” de 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.”

87. LA SALA CONSTITUCIONAL, DE NUEVO, USURPANDO LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y VIOLANDO LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA, EN NOMBRE DE UNA FALAZ “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROTAGÓNICA” DECRETA UN NUEVO RÉGIMEN ELECTORAL UNIVERSITARIO Y EL CESE DE LAS FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Revista de Derecho Público, N° 159-160, julio-doc. 2019,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 347-353

Resumen: *Este comentario analiza la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 324 de 27 de agosto de 2019, en el juicio de nulidad intentado por la Universidad central de Venezuela contra el artículo 34.3 de la Ley de Universidades el cual en violación del artículo 109 de la Constitución, al definir a la “comunidad universitaria,” dispone que la misma no solo está integrada por profesores, estudiantes y egresados como lo indica la Constitución, sino además, por el “personal administrativo,” y el “personal obrero,” después de un largo silencio de 10 años, la Sala, ignorando la petición de medida cautelar de suspensión de aplicación de esa norma y declarando falsamente como “parcialmente con lugar” la solicitud formulada, lo que hizo fue suspender la aplicación de otras normas, con el objeto, de contradictorio con la demanda de asegurar la aplicación de la disposición impugnada.*

Palabras Clave: *Autonomía universitaria.*

Abstract: *This comment analyzes the Constitutional Chamber of the Supreme Court decision No. 324 of August 27, 2019, issued in a judicial review process initiated by the Central University of Venezuela seeking the annulment of article 34.3 of the Universities Law for violation of article 109 of the Constitution because it defined the “university community” not only made up of “professors, students and graduates” as indicated in the Constitution, but also, by the “administrative staff,” and the “workers personnel,” in which the Chamber, after a long silence of 10 years, and ignoring the request for a precautionary measure to suspend the application of the challenged provision, suspended other provisions of the Law not challenged by the plaintiff, in order to ensure precisely the application of the challenged provision.*

Key words: *University autonomy.*

I

El artículo 109 de la Constitución de 1999, como no lo hace casi ninguna otra Constitución en el mundo, declara expresamente que:

“Artículo 109. El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley.”

Con ello, primero, la Constitución precisa el ámbito de la autonomía universitaria al indicar que es para “para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión,” y para garantizar “la inviolabilidad del recinto universitario.”

Segundo, la Constitución define a los efectos del ejercicio de la autonomía universitaria, a la “comunidad universitaria,” la cual es la compuesta por los *profesores, estudiantes y egresados* de la respectiva comunidad.

Y tercero, la Constitución, en particular al hacer referencia a las universidades autónomas, precisa que la autonomía universitaria implica, que las mismas se deben dar “sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley.”

Es por tanto la Constitución, la que garantiza la autonomía universitaria y es la que establece qué es lo que debe entenderse por “comunidad universitaria,” que no es otra, en cada Universidad, sino la comunidad compuesta por los *profesores, estudiante y egresados* de la misma. Para cambiar la composición de lo que significa constitucionalmente la comunidad universitaria, tendría que reformarse la Constitución, no pudiendo el legislador, en forma alguna, definir la comunidad universitaria quitando o agregando algún otro componente a la misma.

II

Sin embargo, en forma evidentemente inconstitucional, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Educación sancionada en agosto de 2009,¹ es su artículo 34, al “desarrollar” el principio de la autonomía universitaria “reconocido por el Estado” precisó que el mismo se “materializa mediante el ejercicio de la libertad intelectual, la actividad teórico-práctica y la investigación científica, humanística y tecnológica, con el fin de crear y desarrollar el conocimiento y los valores culturales,” estableciendo sin embargo, entre las funciones a través de las cuales se ejerce dicha autonomía, la siguiente:

“3. Elegir y nombrar sus autoridades con base en la democracia participativa, protagónica y de mandato revocable, para el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de los derechos políticos de los y las integrantes de la comunidad universitaria, profesores y profesoras, estudiantes, personal administrativo, personal obrero y, los egresados y las egresadas de acuerdo al Reglamento. Se elegirá un consejo contralor conformado por los y las integrantes de la comunidad universitaria.”

Aparte del disparate de calificar el ejercicio de voto por los miembros de la comunidad universitaria en las universidades autónomas para la elección de sus autoridades, como un “derecho político,” que son los que consagra la Constitución (derecho a participar, al sufragio, a desempeñar funciones públicas, a manifestar, a agruparse en partidos políticos), este artículo viola directa y abiertamente la Constitución al definir a la “comunidad universitaria,” no solo como la integrada por *profesores, estudiantes y egresados* como lo indica la Constitución, sino además, agregando e incorporando a la comunidad universitaria, al “personal administrativo,” y “personal obrero,” a quienes no son ni pueden ser parte de ella; y además, establecer que todos esos “sectores” tiene derecho de ejercer el voto en igualdad de condiciones, distorsionando totalmente el sentido de la definición de la Universidad que desde siempre se ha consagrado en la Ley de Universidades, fundamentalmente, como “una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre”(art. 1)

III

Precisamente por ser dicha norma del artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación, entre otras muchas de sus normas contraria a lo previsto en la Constitución, un grupo de diez (10) rectores de Universidades Nacionales Autónomas, al mes siguiente de publicada la Ley Orgánica, en octubre de 2009 (es decir, en 2019 hace diez años), demandaron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la nulidad por inconstitucionalidad de dicha Ley Orgánica.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nunca se pronunció sobre la demanda de los Rectores, a pesar de las múltiples solicitudes formuladas por los abogados de las Universidades, razón por la cual en el curso de los años transcurridos, los apoderados de la Rectora de la Universidad Central de Venezuela, ante la necesidad de elegir autoridades en la Universidades donde los rectores tenían sus plazos vencidos, se solicitó a la Sala Constitucional, que mientras decidía la acción de nulidad, puntualmente

¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.929 de 15 de agosto de 2009.

suspendiera la aplicación del referido artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación impugnada, a los efectos de que se pudieran realizar elecciones universitarias de acuerdo con las normas de siempre previstas en la vigente Ley de Universidades.

La Sala Constitucional, sin embargo, luego de un largo e injusto silencio (la justicia lenta es la mayor de las injusticias), viene de dictar la sentencia N° 324 de 27 de agosto de 2019, en la cual suspendió los efectos de los artículos 31, 32 y 65 de la Ley de Universidades (reconociendo así que la misma está vigente y no fue derogada por la ley Orgánica de Educación), afirmando falsamente que ello lo hacía al declarar “parcialmente con lugar” la solicitud formulada por los representantes de la Universidad Central de Venezuela, cuando ello es totalmente falso (la justicia impartida con base en la mentira, es absolutamente injusta), pues lo que éstos solicitaron fue la suspensión de efectos del artículo 34.3 de la ley Orgánica de Educación, que fue la Ley impugnada.

Como lo ha observado el profesor Manuel Rachadell, quien fue el representante de la UCV y quien hizo la solicitud:

“Transcurrieron diez años sin que la Sala se pronunciara sobre la suspensión de efectos solicitada de la norma indicada [art. 34.3] de la Ley Orgánica de Educación, y ahora, en la sentencia que comentamos, se declara “parcialmente con lugar” una solicitud de medida cautelar *que la universidad no ha pedido*. En efecto, la Sala *suspende cautelarmente la vigencia de los artículos 31, 32 y 65 de la Ley de Universidades, sobre el sistema electoral universitario vigente, cuando lo que se había pedido era la suspensión de efectos de una norma de la LOE, el numeral 3 del artículo 34. La Sala pretende hacer ver que el fundamento de la sentencia es la petición de la UCV, pero no es cierto*. La solicitud de la UCV no fue considerada, sino que se decidió sobre un tema diferente, lo que configura el vicio de extrapetita. Es absurdo, y contrario a la verdad, decir que se declara parcialmente con lugar la petición de la UCV pues lo que hizo la Sala fue negarla.”²

La sentencia, por tanto, está viciada de ilegalidad en su motivación, pues se dicta montada en una falsedad, con la intención de engañar, es decir, de hacer creer que la sentencia se dictó a petición de la Rectora de la Universidad Central de Venezuela, cuando ello es falso, pues la petición de sus representantes fue sobre la suspensión de efectos del artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación, en un juicio de nulidad que se refiere específicamente a la dicha Ley de Orgánica Educación, y lo que resolvió la Sala fue suspender los artículos 31, 32 y 65 de otra ley, como es la Ley de Universidades, que no fue impugnada y cuya constitucionalidad o inconstitucionalidad no es objeto de ese juicio o proceso.

IV

Los apoderados de la Universidad Central de Venezuela, en efecto, desde 2011, solicitaron de la Sala Constitucional la suspensión de efectos del antes mencionado artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación, como la misma Sala lo reconoce en su sentencia:

“la parte demandante en nulidad, como presunción del buen derecho que le asiste (*fumus boni iuris*), alega: i) que la norma cuya suspensión *solicita violenta los términos en que la comunidad universitaria está integrada según el texto constitucional* (ex: artículo 109), *al incorporar sectores no señalados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*; y ii) que la norma cuya suspensión solicita *modifica la naturaleza académica del derecho a elegir autoridades universitarias para convertirlo en un derecho político y otorgarlo por igual a todos los sectores universitarios*. ”

O sea, como lo reconoció y admitió la Sala, la solicitud de suspensión estaba destinada a una norma que violenta lo previsto en la Constitución y en la Ley de Universidades al cambiar la definición de comunidad universitaria, pero que a juicio de la Sala:

“contempla una novedad respecto del régimen que tradicionalmente ha regido las elecciones en las Universidades con sede en el país, a saber: incorpora la democracia participativa mediante sufragio universal y directo de todos los sectores de la comunidad universitaria.”

Y con base en ello, al constatar que aún No se había reformado la ley de Universidades, ni se habían dictado los reglamentos universitarios sobre elecciones, pura y simplemente pasó a resolver diametralmente lo contrario a lo que se le solicitó, que era suspender los efectos del artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación que cambiaba el concepto de comunidad universitaria y le daba voto igualitario además de a los profesores, estudiantes y egresados a los empleados administrativos a los obreros, y resolvió más bien

² Véase el documento de Manuel Rachadell (Ex Director de Asesoría Jurídica de la UCV, ex Consultor Jurídico del CNU), -Consideraciones preliminares sobre las inexactitudes e incoherencias de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las elecciones universitarias,- agosto 2019 (consultado en copia del original).

asegurar la aplicación inmediata de dicha norma impugnada, estableciendo en usurpación de la función legislativa de la Asamblea nacional, una normativa nueva que deroga la Ley de Universidades, para lo cual entonces suspendió los efectos de los artículos 31, 32 y 65 de dicha Ley que precisamente regulan la forma de elección de las autoridades universitarias con la participación de la comunidad universitaria reducida a lo que es, integrada solo por profesores, estudiantes y egresados.

La sentencia, por tanto, además de estar viciada de ultrapetita, es nula de nulidad absoluta por usurpación de autoridad en los términos del artículo 238 de la Constitución.

V

La nueva e inconstitucional normativa “sancionada” por la Sala Constitucional con su sentencia, como si fuera el legislador, usurpando abiertamente las funciones de la Asamblea Nacional, y violando frontalmente lo dispuesto en la Ley de Universidades, “mientras la Sala, cumplido el procedimiento, resuelva en sentencia definitiva el mérito de la demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 34.3 de Ley Orgánica de Educación” (lo que nunca hizo antes en los diez años transcurridos ni hará jamás), en resumen contiene las siguientes “reglas” de un régimen que califica de “transitorio,” *para precisamente asegurar la aplicación del mencionado artículo 34.3 de la ley Orgánica de Educación* que era el que se había solicitado suspender en sus efectos.

Primero, establece en igualdad de condiciones cinco (5) “sectores electorales” diferenciados “constitutivos de la comunidad universitaria” para las elecciones en las universidades, cada uno con su registro electoral, que son: 1) profesores; 2) estudiantes; 3) egresados; 4) personal administrativo; y 5) personal obrero.”

Segundo, establece un sistema de votación separado, por cada sector, debiéndose “sumar o contar” “—de forma simultánea— por cada sector electoral, esto es: 1) votos de profesores, 2) votos de estudiantes, 3) votos de egresados, 4) votos de personal administrativo y 5) votos de personal obrero. En consecuencia, en las reglas dispuestas por la Sala, se establece que “se proclamará candidato electo únicamente a quien haya resultado ganador en al menos tres (3) de los cinco (5) sectores electorales y haya obtenido, a la vez, la mayoría absoluta de votos (mitad más uno) sumados los votos de todos los sectores electorales.”

Esta votación por sectores separados recuerda, por supuesto, los regímenes fascistas, y en todo caso, el régimen de las votaciones en los Estados generales antes de la Revolución Francesa (“sectores”: nobleza, credo y estado llano, que fue, precisamente, por antidemocrático, con o que acabó la Revolución en 1789. Parecería que a los magistrados que produjeron esta aberrante sentencia, se les olvidó hasta la historia

Tercero, aparte de regular todo un conjunto de supuestos sobre la no obtención de mayorías absolutas y cómo proceder a una segunda vuelta en las elecciones, en las inconstitucionales reglas dispuestas por la Sala se regulan los Registros Electorales para los diversos “sectores” de la nueva comunidad universitaria que se inventa, así:

1. En cuanto al “*sector*” de los *profesores*, se dispone que tienen “derecho a un (1) solo voto, “cada uno los profesores ordinarios y contratados indistintamente de su escalafón, incluyendo a los jubilados.”

2. En cuanto al “*sector*” de los *estudiantes* se dispone: a) que tiene “derecho a un (1) solo voto, cada uno de los estudiantes de pre y de postgrado activos, que se hayan inscrito en la universidad al menos seis (6) meses antes de la convocatoria al proceso electoral; y b) que tienen también derecho a voto, “los estudiantes que hayan aprobado las asignaturas necesarias para obtener el correspondiente título o certificado y para el momento de las elecciones no hayan obtenido el respectivo grado.”

3. En cuanto al “*sector*” de los *egresados*, no todos tienen derecho a voto, sino con base en un régimen totalmente discriminatorio, el “derecho a un (1) solo voto,” se limita solo para “cada uno de los egresados del nivel de pregrado de la Universidad cuyas autoridades se eligen, y *que adicionalmente cumplan, de forma conjunta*, con los siguientes requisitos: i) ejerzan la profesión en el lugar donde la Universidad tenga su sede, núcleo o afines; y ii) se hayan inscrito en el registro electoral que la Comisión Electoral de cada Universidad elaborará para tal fin dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la convocatoria de la elección.”

De manera que si no se ejerce la profesión “en el lugar donde la Universidad tiene la sede” no hay derecho a voto. Aparte de lo discriminatorio del régimen, el vicio de esta regulación radica en su imprecisión, pues no se establece cómo es que se determina la “sede” de la Universidad. Basta plantearse el tema con respecto de cuál sería, a estos efectos, la “sede” de la Universidad Central de Venezuela, si el Municipio Libertador donde se encuentra, si toda el área del Área Metropolitana de Caracas. Y la misma imprecisión

afectaría la forma de acreditar “el ejercicio de la profesión en el mismo lugar donde la Universidad tenga su sede” que según las inconstitucionales reglas fijadas por la Sala, sería “mediante la colegiatura profesional vigente para el momento de la convocatoria del proceso comicial,” que plantea la duda, por ejemplo, si se trata de un abogado, si tiene que estar inscrito solo en el Colegio de Abogados del Distrito Federal o puede estar inscrito en el Colegio de Abogados del Estado Miranda.

4. En cuanto al “*sector*” del personal administrativo, se dispone que tienen “derecho a un (1) solo voto, “cada uno de los integrantes del personal administrativo (activo o jubilado) de la nómina de la Universidad.”

5. Y en cuanto al “*sector*” del personal obrero, se dispone que tienen “derecho a un (1) solo voto, cada uno de los integrantes del personal obrero (activo o jubilado) de la nómina de la Universidad.”

VI

La Sala Constitucional, no contenta con establecer todo el anteriormente reseñado e inconstitucional “régimen” para la elección de las autoridades universitarias, usurpando las funciones legislativas de la Asamblea Nacional, pasó a regular los “efectos” torcidos de dicho régimen, y disponer que las elecciones universitarias en las Universidades “cuyas autoridades tengan el período vencido,” deben necesariamente realizarse en un plazo que no puede exceder de seis (6) meses a contar de la publicación de la sentencia (que fue el día 27 de agosto de 2019), disponiéndose desde ya, además, en cuanto a las autoridades universitarias que tienen sus lapsos vencidos que son la mayoría en las Universidades Nacionales, por la inacción de la propia Sala, *el cese de sus funciones* al término de dicho lapso, es decir, a partir del día 27 de febrero de 2020; momento en el cual, según la sentencia “cesa la permanencia legal de las autoridades universitarias con período vencido, quedando la vacante absoluta de dichos cargos.”

Y así, contrariándose el principio de la continuidad administrativa, si esas elecciones no se realizan, el Poder Ejecutivo entonces, por disposición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, procederá a usurpar la autonomía universitaria y designar a las autoridades que le parezca sin participación alguna de la comunidad universitaria, violándose no solo la autonomía universitaria, sino la cacareada “democracia participativa y protagónica.”

De nuevo, ha sido la Sala Constitucional la que, torciendo el derecho, ha continuado siendo el instrumento del autoritarismo para asegurar el funcionamiento del Estado Totalitario que se ha consolidado en el país.

VII

Ante tanta inconstitucionalidad y arbitrariedad, la comunidad universitaria no tiene otra alternativa que no sea la de resistir, desobedeciendo una “sentencia” ilegítima por inconstitucional. Como lo expresó un dirigente estudiantil de la Universidad Central de Venezuela después de precisar, con razón, que “la modificación de las leyes, específicamente la ley Orgánica de Educación, corresponde a la Asamblea Nacional y no al TSJ,” indicando que “sea cual sea la consecuencia, no podemos aceptar las elecciones y la sentencia del TSJ no debe cumplirse. Las elecciones de autoridades deben panificarse y nuestras autoridades tienen que renovarse.”³

Por su parte, la Asociación de profesores de la Universidad Central de Venezuela APUC, en asamblea realizada el 28 de agosto de 2019, ya había resuelto:

“Rechazar de manera categórica la “sentencia” espuria emanada del TSJ usurpador, que ordena a la UCV la realización de Elecciones de autoridades universitarias violando nuestra autonomía universitaria.”⁴

Por lo demás, la comunidad universitaria debería exigirle a la sala Constitucional del Tribunal Supremo que aplique el mismo criterio que torcidamente ha diseñado para la elección de las autoridades universitarias, a la elección de las propias autoridades del mismo, y que en nombre de la supuesta “democracia

³ Véase las declaraciones de Fabio Sansón, en la reseña: -Debemos reaccionar- Estudiantes reiteran desconocimiento a sentencia del TSJ,- *El Nacional*, 30 de agosto de 2019, en [https://www.elnacional.com/venezuela/debemos-reaccionar-estudiantes-reiteran-desconocimiento-a-sentencia-del-tsj/](https://www.elnacional.com/venezuela/debemos-reaccionar-estudiantes-reiteran-desconocimiento-a-sentencia-del-ts/)

⁴ Véase la reseña en María Jesús Vallejo, -Asociación de Profesores de UCV se declara en rebeldía por sentencia del TSJ. Docentes de la Universidad Central de Venezuela decidieron no acatar la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la que ordena acudir a elecciones en un lapso no mayor a seis meses. El fallo de la Sala Constitucional incumple con las disposiciones 12, 13 y 14 de la Ley de Universidades,- en El Pitazo, 28 de agosto de 2019, en [https://elpitazo.net/gran-caracas/asociacion-de-profesores-de-la-ucv-se-declara-en-rebeldia-frente-a-sentencia-del-tsj/](https://elpitazo.net/gran-caracas/asociacion-de-profesores-de-la-ucv-se-declara-en-rebeldia-frente-a-sentencia-del-ts/)

participativa y protagónica” que proclama, disponga que la elección de la Junta Directiva del Tribunal Supremo y de cada una de sus Salas, se haga por ejemplo, con la participación de los diversos “sectores” que están vinculados al misma, es decir, además del voto de los magistrados, que se haga con el “voto” de los “sectores” de los Relatores, de los Funcionarios judiciales, de lo Obreros, de los Litigantes y una representación de las Partes en los procesos. Así, entonces, el propio Tribunal quizás podría llegar a saber cuál es el sentido aberrante de su sentencia.

2020

88. LA FRAUDULENTA Y FALLIDA “MAGIA” DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA. DE CÓMO SE “TRANSFORMA” UNA ACCIÓN DE AMPARO, QUE FUE DECLARADA SIN LUGAR, EN UNA VÍA PARA EMITIR DECLARACIONES POLÍTICAS, SOBRE HECHOS POLÍTICOS, IGNORANDO LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO
(Sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 65 del 26 de mayo de 2020)

Revista de Derecho Público, N° 161-162, enero-junio 2020,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 452-466

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia N° 65 de 20 de mayo de 2020, mediante la cual la sala Constitucional, luego de declarar sin lugar una acción de amparo, sin que nadie se lo pidiera, y sin proceso, declaró “válida” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Parra, “prohibiendo” que la Junta Directiva presidida por el Diputado Gavidó se pudiera reunir.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Junta Directiva.*

Abstract: *This articles analyses Decision N° 65 of May 2020 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, through which, after rejecting an injunction for the protection of fundamental rights (amparo), without any party request, and without contradiction, declared “valid” the Board of Directors of the National Assembly chaired by representative Luis Parra, “forbidding” that the Board of Directors chaired by representative Juan Gavidó could meet.*

Key words: *National Assembly. Board of Directors.*

Siempre me ha llamado la atención los que hacen los “magos” ilusionistas ante audiencias atentas, cuando, por ejemplo, “convierten” una pelota de tenis en una manzana, o “sacan” de un pañuelo unas palomas.

Pero nunca me imaginé poder presenciar una manipulación de la realidad como la que ha hecho el Juez Constitucional en Venezuela, actuando como “mago,” al pretender cambiar fraudulentamente una declaratoria sin lugar de una acción de amparo intentada contra unos diputados, en una decisión de validación de hechos políticos y de prohibición de otros; o peor, presenciar cómo ese Juez Constitucional declaró sin lugar la petición de protección de una persona respecto de su derecho a la participación política a través de sus representantes, privando al mismo tiempo a todos los venezolanos de ese mismo derecho a dicha participación y representación.

Y es eso, y no otra cosa, lo que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con su “mágica” sentencia N° 65 del 26 de mayo de 2020,¹ mediante la cual declaró *sin lugar* la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich el día 7 de enero de 2020, “contra la Asamblea Nacional y, particularmente, respecto a los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado; y a los Diputados Juan Gavidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional,” solicitando protección de su “derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución;” para sin embargo, como por arte de magia, decidir asuntos políticos como si el juicio no hubiera terminado mediante esa declaratoria sin lugar de la acción propuesta.

¹ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/309867-0065-26520-2020-20-0001.HTML>

Y es que al declarar la Sala sin lugar la acción de amparo intentada terminaba el juicio, quedando solo el archivo del expediente. Pero no fue así, y lo que hizo la Sala fue resolver lo que nadie le había pedido; sin partes ni proceso, pasando a formular declaraciones políticas, sobre hechos políticos, declarando como “válida” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Parra, a cuyos integrantes fue a los únicos que la Sala Constitucional notificó de la acción propuesta, y “prohibiendo” que la Junta Directiva presidida por el Diputado Gaudidó se pueda reunir, en un juicio en el cual no se citó a los integrantes de esta última. La Sala, así, al rechazar proteger al accionante en su derecho a la participación política y a la representación, le violó el mismo derecho a todos los ciudadanos a estar representados en el Parlamento por los diputados electos por la mayoría de los votantes.

Dicha sentencia de la Sala Constitucional, por violación del derecho constitucional al debido proceso que regula el artículo 49 de la Constitución y, además, por violación al derecho a la participación y a la representación política de los ciudadanos, está viciada de nulidad conforme a lo indicado en el artículo 25 de la Constitución, y la misma no tiene ningún efecto ni valor. Es cierto que el Juez Constitucional no tiene quien lo controle, pero también es cierto que, estando sometido a la Constitución, no puede despreciarla, teniendo los ciudadanos legítimo derecho de desconocer los actos ilegítimos de las autoridades que sean contrarios a los valores, principios y garantías democráticos y menoscaben los derechos fundamentales (art. 350).

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO: LOS HECHOS ACAECIDOS CON OCASIÓN DEL INICIO DEL PERÍODO DE SESIONES ORDINARIAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL EN ENERO DE 2020

Como lo expresamos en su momento,² la Asamblea Nacional, conforme lo exige la Constitución (art. 219) debía iniciar sus sesiones para el período ordinario 2020-2021, en su sede oficial, que conforme al artículo 1º del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, es el Palacio Federal Legislativo, el día 5 de enero de 2020.

Ese día, sin embargo, por la fuerza bruta de la Policía Nacional y del Ejército, cuyos efectivos rodearon el Palacio Federal Legislativo, los diputados a la Asamblea Nacional fueron impedidos de poder ingresar libremente al mismo para realizar su sesión de instalación para el período 2020-2021 bajo la dirección de la correspondiente Comisión de Instalación presidida por el Presidente de la Asamblea Juan Guaidó, como como lo prescribe el artículo 219 de la Constitución y el artículo 11 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea.³

Ante esa contingencia, es decir, ante la situación excepcional de que efectivos de la Policía y del Ejército impidieran a los diputados, a la fuerza, poder ingresar libremente al Palacio Federal Legislativo para poder reunirse e instalar la Asamblea, la mayoría de sus integrantes, es decir, 100 diputados de los 167 diputados que la conforman, tal como lo autoriza el artículo 1º del Reglamento Interior y de Debates acordaron realizar la sesión de instalación de la Asamblea en un lugar diferente de la ciudad de Caracas, escogiendo la sede del Diario *El Nacional*.

Y efectivamente, allí, a las 5 pm de ese mismo día 5 de enero de 2020 se realizó la sesión de instalación de la Asamblea Nacional, con la participación de 100 diputados, número superior al quórum requerido, que era de 84 diputados,⁴ en un todo realizada de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates.

² Véase Brewer-Carías, Allan R. -La instalación de la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de enero de 2020 y desalojo de los okupas del Palacio Federal Legislativo,- 7 de enero de 2020, Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/202.-Brewer.-INSTALACION-C3%93N-AN-EL-5-DE-ENERO-DE-2020-Y-DESALOJO-DE-LOS-OKUPAS.pdf>

³ Tal como lo resumió la Asociación Civil Venezuela Libre: -Los hechos son inequívocos: usaron a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para impedir que la Asamblea Nacional sesionara en su sede oficial. Acosaron y amenazaron a diputados para evitar que llegaran hasta el Palacio Legislativo. Compraron parlamentarios para escenificar un grotesco, ilegal e ilegítimo intento de tomar el control de la institución, sin que la misma se hubiese constituido con el quórum requerido, que era de 84 diputados.- Véase Asociación Civil Venezuela Libre: -Ante los graves hechos ocurridos en Venezuela el 5 de enero. Llamado a la comunidad internacional,- Madrid 6 de enero de 2020, disponible en: <http://www.venezuelanpress.com/2020/01/06/venezuela-libre-se-pronuncia-ante-gra-ves-hechos-ocurridos-venezuela-5-enero/>

⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. -Sobre el quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional con particular referencia a la elección de los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea, New York, 4 de enero de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/Brewer.-SOBRE-EL-QURUM-Y-EL-R%C3%89GIMEN-DE-LAS-VOTACIONES-EN-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-4.1-2020.pdf>

En la sesión, además, se eligió con el voto de los mencionados 100 diputados,⁵ a los miembros de la Junta Directiva para el período 2020-2021, resultando electos con el voto de 100 diputados: Juan Guaidó, como Presidente; Juan Pablo Guanipa como Primer Vicepresidente, y Carlos Berrizbeitia como Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional.⁶ El Diputado Guaidó, en esa forma, quedó ratificado como Presidente Encargado de la República, como lo venía haciendo desde comienzos de 2019.⁷

Mas temprano, sin embargo, durante el mismo día 5 de enero de 2020, y paradójicamente protegidos por la misma fuerza bruta del régimen autoritario de Policías y efectivos del Ejército que tenían rodeada la sede de la Asamblea, un grupo reducido e indeterminado de diputados, actuando como *okupas* –así llamados en otras partes del mundo a quienes asaltan y ocupan inmuebles ilegalmente–, asaltaron e invadieron la sede de la Asamblea, ocupando física e ilegítimamente sus espacio, es decir, sin tener derecho ni título alguno para ello. Con su acción, no solo terminaron de impedir a la Asamblea Nacional el poder instalarse en su sede, sino que violando todas las disposiciones de la Constitución y del Reglamento Interior y de Debates en la materia, una vez dentro, montaron un teatro pretendiendo usurpar el carácter de la Asamblea Nacional, supuestamente “instalándola,” sin la presencia de su Presidente y sin contar con el quorum requerido que era de 84 diputados, aún cuando contaron con la presencia de algunos “actores de relleno,” es decir, “ciudadanos que simulaban ser parlamentarios para forjar un quórum inexistente,”⁸ procediendo supuestamente a “elegir” la Junta Directiva de la misma presidida por el Diputado Luis Parra.⁹

En la instalación de la Asamblea, el quórum debe constatare para poder comenzar la sesión como lo indica el artículo 64.1 del Reglamento Interior y de Debates, siendo imposible la instalación de la misma sin el quórum necesario, pues en tal caso, la supuesta “instalación,” como lo expresó José Ignacio Hernández, no sería sino una “vía de hecho sin validez jurídica alguna,”¹⁰ y los actos adoptados en la misma, son simplemente inexistentes, y nadie puede considerarlos como actos jurídicos.¹¹

⁵ Véase la -Lista de votación de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional para la Junta Directiva 2020-2021,- Disponible en: <https://www.scribd.com/document/441940983/Lista-de-votacion-de-diputados-y-diputadas-de-la-AN-para-la-Junta-Directiva>

⁶ Véase el Acta de Juramentación de la Nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2020-2021, de fecha 5 de enero de 2020, en *Gaceta Legislativa* No. 16, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.scribd.com/document/442011097/Gaceta-Legislativa-Instalacion-de-la-Junta-Directiva-de-la-AN>

⁷ Como lo expresó el Bloque Constitucional de Venezuela: -Como consecuencia de la elección de la nueva Junta Directiva, el diputado Juan Guaidó queda ratificado como legítimo Presidente encargado de la República, quien junto a la Asamblea Nacional, tiene por mandato velar por la ejecución de lo dispuesto en el Estatuto que rige la Transición a la Democracia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 333 de la Constitución, contando para ello, con el reconocimiento explícito de más de cincuenta gobiernos democráticos, y el respaldo mayoritario del pueblo venezolano.- Véase -El Bloque Constitucional de Venezuela, ante el grotesco zarpazo a la institucionalidad de la Asamblea Nacional, por parte del régimen de Maduro y un grupo de diputados felones, hace del conocimiento de la opinión pública nacional e internacional,- Caracas, 6 de Enero de 2020. Disponible en: <https://elvenezolanonews.com/2020/01/06/diputados-apegados-a-la-constitucion-afir-man-que-golpe-parlamentario-reimpulso-la-lucha/>. Véase sobre el régimen de la Transición Democrática: Brewer-Carías, Allan R. *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.

⁸ Así lo afirmó la propia Asamblea Nacional en Comunicado emitido el 7 de enero de 2020, firmado por la Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.

⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde, además, -en violación del artículo 191 de la Constitución Nacional, votaron en esa irrisoria reunión (pretendida sesión) personas que habían perdido su condición de diputados al haber aceptado ocupar cargos públicos distintos al de diputados, no exceptuados constitucionalmente,- y -aún con la incorporación de estos ciudadanos que ya no son diputados a la Asamblea Nacional por mandato constitucional, no reunieron el quórum mínimo válido para sesionar.- Véase Gerardo Blyde, -¿Qué paso el #5Ene?, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

¹⁰ Véase Hernández, José Ignacio, -Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,- 7 de enero de 2020,- disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹¹ Por ello, como José Ignacio Hernández lo puntualizó: -en la mañana del 5 de enero de 2020 no hubo ninguna sesión de la Asamblea Nacional ni se designó a la Junta Directiva, con lo cual, tampoco el diputado Parra fue designado como Presidente de la Asamblea Nacional. Lo único que ocurrió fue una vía de hecho que, mediante el abuso de la fuerza militar, tomó violentamente las instalaciones del Palacio Federal Legislativo para que cinco individuos pudieran ocupar físicamente [aun cuando por breve tiempo] los espacios que corresponden a la Presidencia, Vicepresidencias y Secretarías de la Asamblea Nacional.- Véase José Ignacio Hernández, -Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de

En otras palabras, lo que ocurrió el día 5 de enero de 2020, con la supuesta designación del diputado Luis Parra como Presidente de la Asamblea, como fue calificado el profesor Ramón Escovar León, no fue sino una “emboscada bufa” que condujo a una “elección bufa,” donde “no hubo sesión válida sino un simulacro,” en fin “una “burda maniobra,”¹² producto de la “ocupación” fáctica de la sede de la Asamblea, que evidentemente no podía durar mucho tiempo, por lo estúpida que fue la maniobra.

Por ello, la sede del Palacio Federal Legislativo fue desalojada tiempo después,¹³ de manera que los diputados que conforman la mayoría de la Asamblea Nacional y su nueva Junta Directiva, forzando el paso ante militares que les impedían el acceso al edificio,¹⁴ pudieron entrar de nuevo a su sede, y ocuparla legal y legítimamente; habiendo procedido a tomarse juramento a los miembros de su Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.¹⁵

Por tanto, en las circunstancias antes descritas, en Venezuela, el 5 de enero de 2020 nunca hubo dos actos de instalación de la Asamblea Nacional ni se produjo la elección de supuestamente dos Juntas Directivas, como al inicio y prematuramente se reportó en alguna prensa,¹⁶ y lo aceptó como válido la Sala Constitucional en su sentencia N° 65 de 26 de mayo de 2020. Al contrario, como lo indicó José Ignacio Hernández:

“Es errado afirmar que hay, por ello, dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. Lo sucedido en la mañana del 5 de enero no tiene relevancia jurídica como actos del Poder Legislativo. Se trató, insistimos, de una vía de hecho perpetrada por el abuso de la fuerza militar y por la cual unos individuos tomaron por asalto la sede del Palacio Federal Legislativo, como un acto más del golpe de Estado permanente perpetrado por Nicolás Maduro en contra de la Asamblea Nacional electa en 2015.”¹⁷

Por lo demás, como bien lo observó Henry Ramos Allup, solo cuando el acta de instalación y nombramiento de la Junta Directiva, en la cual está la constancia del quórum, es aprobada en la sesión primera de la Asamblea, como ocurrió el día 7 de enero de 2020, es que puede hablarse de la firmeza de los cargos.¹⁸ Ello nunca pudo ocurrir con la supuesta “elección” del diputado Parra, por un grupo indeterminado e impreciso de *okupas*.¹⁹

la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021, 7 de enero de 2020, - disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹² Véase Ramón Escovar León, -El nuevo reto de Guaidó,- en *El Nacional*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-nuevo-reto-de-guaido/>

¹³ Véase el Video documentando el abandono del Palacio Federal Legislativo por el diputado Luis Parra y otros en: <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401>

¹⁴ Véase lo que serán unos Videos memorables sobre la recuperación del Palacio Federal Legislativo por la Asamblea Nacional, el 7 de enero de 2020, en <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401>; y en <https://twitter.com/search?q=%23VIDEO&src=hash>.

¹⁵ Véase la información en la cuenta Twitter oficial de la Asamblea, disponible en: <https://twitter.com/AsambleaVE/status/1214576305699770370>

¹⁶ Véase, por ejemplo, -¿Tiene Venezuela dos Asambleas nacionales?-, en *Sputnik Mundo*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/202001061090055762-venezuela-tiene-ahora-dos-asambleas-nacionales/>

¹⁷ Véase José Ignacio Hernández, -Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,- 7 de enero de 2020, - disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹⁸ Véase Henry Ramos Allup, intervención en la sesión de la Asamblea Nacional del 7 de enero de 2020. Disponible en: <https://youtu.be/oO4Wc3BK0RM>

¹⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde: -1. Sólo hubo una sesión válida de instalación y elección de nueva Junta Directiva, la celebrada en la sede externa *ad hoc* y dirigida por el presidente saliente que resultó reelecto. Esta es la única sesión que se realizó el 5 de enero del 2020, pues contó con el quórum constitucional necesario para su instalación y desarrollo. 2. Las actuaciones realizadas por un grupo de diputados en la sede del parlamento nacional no pueden ser calificadas de sesión. No hubo sesión. No contaban con el quórum constitucional para poder instalarse como sesión y mucho menos para poder tomar decisiones en nombre del cuerpo legislativo nacional. 3. Adicionalmente pretendieron incorporarse y además votar ciudadanos que ya no son diputados por haber perdido su condición al haber aceptado otros cargos públicos. 4. No existen dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. La única Junta Directiva constitucional y legalmente electa está constituida por Juan Guaidó como Presidente y por los diputados Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbetia como primer y segundo vicepresidentes.- ¿Véase Gerardo Blyde,-? ¿Qué paso el #5Ene?, en *La Patilla.com*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

II. LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Como ya se indicó, el día 7 de enero de 2020 (es decir, dos días después de los hechos antes descritos), el Sr Enrique Ochoa Antich, buscando protección a su “derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución,” intentó una acción de amparo constitucional contra los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado,” por pretender “cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional,” señalando también como agraviantes “a los Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020,” y a oficiales de la Guardia Nacional del Comando de la zona.

La acción intentada fue admitida por la Sala mediante sentencia N° 1 de fecha 13 de enero de 2020, ordenándose notificar solamente “a los Diputados que dicen integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida, el 05 de enero de 2020, a saber: Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega,” a los fines de que informaran a la Sala “sobre el acto parlamentario de conformación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y el quórum de la sesión, tanto el de instalación como el de la aprobación de la Directiva, lo cual deberán soportar con copia certificada del acta y demás actuaciones vinculadas con la información requerida.” En esa forma, se violó así, de entrada, el derecho al debido proceso y a la defensa de todos los demás supuestos agraviantes señalados por el accionante Ochoa Antich, entre ellos el diputado Guaidó. Con ello, la Sala Constitucional además, abiertamente tomó posición respecto del tema que el accionante cuestionaba, pues al admitir la acción la Sala “confesó” que solo “reconocía” a la Junta Directiva presidida por el Diputado Parra, al pedirle solo a él y al Sr. Negal Morales, “quien se identificó como secretario de quienes manifestaron integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida el 05 de enero de 2020,” información sobre la Junta que había instalado sin quorum requerido, ignorando, de entrada, que la Asamblea Nacional se había instalado efectivamente con el quórum requerido, bajo la presidencia del diputado Juan Guaidó, tal como se indicó en el propio texto de la acción intentada.

En el escrito de la acción, Ochoa Antich, en efecto, expresó ante la Sala, entre otras cosas, que sobre la supuesta instalación de la Asamblea y elección del Diputado Parra para presidirla “No consta que se haya hecho verificación formal del quórum antes de iniciar la sesión, ni si este existía al momento de la señalada elección,” refiriéndose en todo caso al hecho de que “dos grupos diferentes de Diputados afirman ostentar la cualidad de integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y en virtud de ello están procediendo a hacer uso de las correspondientes atribuciones, generándose una peligrosa dualidad que haría inoperante el cuerpo deliberante y que puede conducir a una escalada de conflictividad y de violencia.” Todo lo cual, a juicio del accionante, habría vulnerado:

“gravemente la existencia misma y funcionamiento de la Asamblea Nacional, la cual es indudablemente legítima y ha sido reconocida unánimemente por todos los venezolanos, Y así mismo lo es que tal violación y amenaza, concreta e inminente, lesionan mi derecho constitucional de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

El accionante en amparo, finalmente, lo que solicitó a la Sala Constitucional, fue que se diligenciara lo pertinente: (i) para “convocar la sesión de instalación de la Asamblea Nacional para el período legislativo anual 2020; y (ii) “para que en la sesión de instalación y elección de la Junta Directiva se proceda a la verificación nominal de la votación, de modo de poder saber cuál es válidamente la Directiva de la Cámara.”

En definitiva, como resulta del mismo texto de la sentencia, se trataba de un juicio de amparo constitucional intentado por un ciudadano buscando específicamente la protección judicial a su derecho a la participación política y representación establecido en el artículo 62 de la Constitución, contra dos grupos de diputados y funcionarios de la Asamblea Nacional que participaron en los hechos de instalación de la misma el día 5 de enero de 2020: en un caso, en una sede ocupada policial y militarmente, sin haberse verificado el quórum existente, y en otro caso, con la participación verificada de 100 diputados; y con un petitorio específico: que la Sala convocara con las garantías necesarias una nueva instalación de la Asamblea Nacional.

A partir de la admisión de la acción, la Sala comenzó a “cambiar” los hechos, ignorándolos, procediendo incluso a “inventar” otros “antecedentes del caso” distintos a los que se derivan de los hechos antes reseñados.

III. LOS “ANTECEDENTES DEL CASO” RESEÑADOS EN LA SENTENCIA QUE NADA TIENEN QUE VER CON EL CASO

En efecto, la Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse a los “antecedentes del caso,” ignoró los hechos antes reseñados e, incluso, explicados en el texto de la acción de amparo intentada, y procedió, más bien, también como por arte de magia, a referirse a *otros hechos*, y por tanto, a *otros antecedentes*: por una parte, a sus propias actuaciones políticas en contra de la Asamblea Nacional, con el objeto de ahogarla y cercenarle todos sus poderes y funciones adoptadas a partir de 2016,²⁰ así como a las Juntas Directivas que se habían electo en la Asamblea en esos mismos años; y por la otra, a lo que denominó la “situación política actual, basado en la existencia de lo que también denominó como una “notoriedad comunicacional.”

A tal efecto, la Sala Constitucional hizo, primero, particular mención a las siguientes sentencias de la misma:

En primer lugar, a la sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016, mediante la cual esa Sala declaró “entre otras cosas que resultaban 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.”²¹

En segundo lugar, la Sala se refirió a su sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, dictada para desconocer la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2017-2018, considerándola “nula de nulidad absoluta, carente de validez,” en la cual la Sala Constitucional constató que supuestamente era “un hecho cierto,” que dicha Junta Directiva “se mantienen en franco desacato de las decisiones de este Máximo Tribunal, que en su Sala Constitucional dictó con los números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 del 25 de noviembre de 2016, y recientemente la 01 del 09 de enero de 2017; y de su Sala Electoral las decisiones números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016;”²² lo que a juicio de la Sala, supuestamente le impedía a la Asamblea Nacional “elegir de su seno la nueva Junta Directiva,” anulando en consecuencia tanto la instalación de la Asamblea como el nombramiento de su Junta Directiva.

²⁰ Véase en general sobre este proceso: Ayala Corao, Carlos M. y Chavero Gazdik, Rafael J. *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ*, ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/memorial-de-agravios-del-poder-judicial-una-recopilacion-de-mas-de-100-sentencias-del-tsj/>; and José Vicente Haro, -Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH-, en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017. Disponible en: <http://josevicenteharogarcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html> Ramón Guillermo; Avelledo (Coordinador), *Contra la representación popular. Sentencias inconstitucionales del TSJ de Venezuela*, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2019 pp. 5-31. Disponible en <http://www.fermintoro.net/portal/wp-content/uploads/2019/07/CONTRA-EL-PODER-LEGISLATIVO-WEB.pdf>; 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, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición, 2016, 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>; Brewer-Carías, Allan R. *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas / New York, 2017, Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACI%C3%93N-DE-LA-TIRAN%C3%8DA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf>

²¹ Véase sobre esta sentencia, los comentarios en: Correa, María Alejandra, -De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el Ejecutivo Nacional y avalada por la Sala Constitucional-, en *Revista de Derecho Público*, No. 147-148, Caracas 2016, pp. 326 ss.; Véase Brewer-Carías, Allan R. *La amenaza final contra la Asamblea Nacional para el golpe de Estado judicial: La declaratoria de nulidad total de sus actos y el anuncio del enjuiciamiento de los diputados por desacato*. Nueva York, 5 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20AMENAZA%20FI-NAL%20CONTRA%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20sept.%202016.pdf>

²² Véanse los comentarios a la mayoría de dichas sentencias en: 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, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición, 2016, 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>

Sobre la Junta Directiva de la Asamblea nacional electa en enero de 2018, para el período 2018-2019, la Sala Constitucional indicó en la sentencia, que la misma “carece de legitimidad al mantenerse el órgano legislativo nacional en desacato frente a las decisiones de este Alto Tribunal de la República;” no expresando nada, sin embargo, y sorpresivamente, sobre “la correspondiente para el período 2019-2020, donde aparecen designados los ciudadanos: Juan Guaidó como Presidente, Edgard Zambrano como Primer Vicepresidente y Stalin González como Segundo Vicepresidente.”

“Relatado lo anterior,” la Sala concluyó reiterando lo expresado en su mencionada sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, en el sentido de que en la misma había “prohibido” a la Asamblea Nacional “realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal;” destacando, sin embargo, que:

“Desde entonces dicho órgano legislativo nacional se ha mantenido en desacato a las decisiones de este Alto Tribunal de la República, y cualquiera de sus actuaciones de la Asamblea Nacional es nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar, como lo evidencian las sentencias dictadas en relación a su omisión y a sus actuaciones, entre otras, se pueden mencionar las sentencias números 0074 del 11-4-19, 0247 del 25-7-19 y 0248 del 26-7-19.”

Terminó la Sala Constitucional el recuento de sus actuaciones en contra de la Asamblea Nacional indicando que:

“en el caso del ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, la falta de legitimidad ha quedado constatada desde el inicio de sus actuaciones írritas y contrarias al Texto Constitucional, al pretender representar o dirigir a la Asamblea Nacional, así como para tomar alguna decisión.”

Según la Sala, ello se desprendería de las sentencias dictadas por ella misma y por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia de fechas 29 de enero de 2019 y 01 de abril de 2019, mediante las cuales se pretendió allanarle la inmunidad parlamentaria al diputado Guaidó.²³

La Sala, después de haberse referido a los hechos anteriores, como supuestos “antecedentes del caso,” cuando evidentemente no lo son, pasó, segundo, a referirse también como “antecedentes del caso” a lo que calificó como “la situación política actual,” citando, “en atención a la notoriedad comunicacional,” varias notas informativas tomadas el 20 de enero de 2020, haciendo referencia a los vínculos de las mismas en Internet, publicadas entre septiembre de 2019 y enero de 2020, sobre supuestos “acuerdos Gobierno y oposición” e instalación de “Mesa de Diálogo para la convivencia,”²⁴ deduciendo, también como por arte de magia, sin que ello resulte de ninguna de las informaciones reseñadas, la existencia de un supuesto “*hecho político de que el Gobierno y la oposición han instalado la mesa de diálogo para lograr entre otras cosas, salir del desacato del órgano legislativo nacional y entrar en el orden constitucional,*” lo cual es totalmente falso y basta para darse cuenta de ello leer las informaciones antes mencionadas en las cuales nada de ello se dice.

Después de hacer esas afirmaciones, la Sala concluyó la sentencia con la afirmación de que “*posterior*” a ese hecho político, como si fuera consecuencia del mismo, “se ha producido la nueva elección de la junta directiva de dicho órgano el 05 de enero de 2020,” refiriéndose solo a la que supuestamente preside el diputado Parra, que es a la única a la cual se refirió la sentencia de admisión de la acción de amparo (No 1 del 13 de enero de 2020;” todo para supuestamente “verificar el cumplimiento de lo señalado en el dispositivo N° 6 del fallo N° 2 del 11 de enero de 2017.”²⁵

²³ Véase sobre ello los comentarios en Brewer-Carías, Allan R: -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.- New York, 12 de abril de 2019. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/194.-Brewer.-Inconstitucional-allanamiento-inmunidad-parlamentaria-J.-Guad%C3%B3-11-4-2019.pdf>

²⁴ Véase las informaciones citadas en la sentencia, en los siguientes links: <https://www.vtv.gob.ve>; https://www.telesurtv.net/news/avance-dialogo-gobierno-oposicion-venezuela-primer-mes--201910_16-0022.html; <http://www.ultimasnoticias.com.ve>

²⁵ Dicho dispositivo estableció, que se *-prohíbe* a la Asamblea Nacional realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal y perfeccione las condiciones coherentes, objetivas y constitucionales necesarias para el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la misma e inicio del período de sesiones del año 2017.-

Y así, también como por arte de magia, por lo visto habría desaparecido la situación de “desacato” de la Asamblea Nacional, que la propia Sala Constitucional había “decretad” desde 2016.²⁶

Es decir, de una acción de amparo intentada por un ciudadano para proteger su derecho a la participación política y la representación, con ocasión a los hechos políticos sucedidos el día 5 de enero de 2020, a los que antes se hemos hecho alusión la Sala, como por arte de magia, en lugar de referirse a esos hechos que eran efectivamente los “antecedentes del caso,” inventó, como por arte de magia, otros antecedentes y otros hechos políticos para decidir.

IV. LAS CONSIDERACIONES PARA DECIDIR SE LIMITARON A LA ACEPTACIÓN COMO VÁLIDAS, DE LAS INFORMACIONES SUMINISTRADAS POR EL DIPUTADO LUIS PARRA, SIN PROBANZA ALGUNA DE ELLAS, CONCLUYENDO CON DECISIONES QUE NADA TENÍAN QUE VER CON EL OBJETO DEL PROCESO

La Sala, para decidir, a pesar de que declara en la sentencia que “aprecia que la acción de amparo fue interpuesta contra ”los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional, en las condiciones descritas;” y contra los “Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020;” sin embargo, se limitó a considerar el escrito presentado por el Luis Eduardo Parra que le había requerido la Sala, en el cual sólo se refirió a la supuesta instalación de la Asamblea Nacional y elección de la Junta Directiva por él presidida,” dándole “vigor aislado,” como observó Juan Manuel Raffalli, “a un instrumento generado por la propia arte interesada sin haber requerido ningún informe a la Junta Directiva presidida por el diputado Guaidó,”²⁷ que contenía la simple indicación de que “*en el inicio, desarrollo y culminación de la sesión hubo siempre la presencia de los diputados y diputadas que calificaban el quórum parlamentario,*” pero sin probar nada de ello, y sin hacer referencia por ejemplo, al “hecho público comunicacional” de que antes de ello, “con uso de la fuerza pública, se le impidió el acceso al Hemiciclo y adyacencias al Palacio Federal Legislativo a decenas de diputados por lo que no pudieron asistir a la sesión del 5 de enero de 2020.”²⁸

La Sala, sin embargo, hizo referencia a lo afirmado por el Diputado Parra sobre que supuestamente, “son hechos notorios comunicacionales la validez del quórum y la sustracción material del listado de asistencia,” citando para ello comentarios de personas, ignorando qué son hechos notorios comunicacionales conforme a la propia doctrina de la Sala, los cuales nunca pueden derivar de “opiniones” de personas sino con referencia a hechos concretos.²⁹

Luego, de las anteriores “consideraciones para decidir,” la Sala Constitucional lo que hizo fue copiar en varias páginas, como material “de relleno,” primero, los textos de las normas de los artículos 194 y 219 de la Constitución, y los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11 y 12 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea; y segundo, los textos del “Acuerdo de Designación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional del periodo 2.020-2.02” y del “Acta de instalación de la Asamblea Nacional, del 05 de enero de 2020, y juramentación de la nueva Junta Directiva de dicho órgano legislativo nacional.”

Y así, como por arte de magia, de esos textos, la Sala concluyó que quedaba “evidenciado,” es decir, que daba por probado, sin que se hubiese producido prueba alguna:

²⁶ Sobre ello, con toda razón, Juan Manuel Raffalli expresó que: -La sentencia inscribe la actitud de la pretendida Junta Directiva presidida por el diputado Parra en el marco de la -Mesa de Diálogo Nacional- (Autodenominada Mesita) y lo toma como un hecho positivo ante el desacato de la AN que, según la Sala, persiste desde 2017. Asimismo, inexplicablemente, excluye la pretendida designación del diputado Parra y sus compañeros de los efectos anulatorios derivados de dicho desacato... concluyendo con la -absurda- conclusión que se deriva de la sentencia y es que -la AN ya no está en desacato siempre que sesione bajo la Directiva presidida por el diputado Parra, lo cual, absurdamente, hace depender el supuesto desacato del Poder Público más representativo de la Federación, de la voluntad de tres supuestos Directivos cuya designación no es aceptada por la mayoría de los diputados.- Véase Raffalli, Juan Manuel, -Contenido y efectos de la sentencia Parra,- en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia>-

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Sobre ello, véase por ejemplo Brewer-Carías, Allan R. -Consideraciones sobre el -hecho comunicacional- como especie del -hecho notorio- en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo- en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232

Primero, que habría habido una “manifestación de voluntad de integrar una mesa de diálogo entre representantes del Gobierno y representantes de la oposición, con la finalidad de que el órgano legislativo nacional ejerza sus competencias en acatamiento a los postulados constitucionales y, por ende, salga del desacato en el que alguno de sus integrantes la subsumieron,” cuando ello no consta en ninguna parte de lo expresado en la sentencia, salvo quizás en la mente “ilusionista” del ponente.

Segundo, que con base exclusivamente en el acta suministrada de instalación de la Asamblea Nacional en la cual se eligió al diputado Parra, se había probado (evidencia) que “supuestamente se llevó a cabo la elección con el quórum válido reglamentario para la designación de la Junta Directiva para el período 2020-2021,” cuando en dichas actas no se informa nada sobre el quórum requerido ni sobre los nombres de los diputados presentes en la sesión.

Y tercero, que también se había probado (evidencia), y solamente con base en lo que informó el diputado Parra, aceptándolo como “un hecho notorio comunicacional,” que se habría producido “la sustracción del libro de asistencia de los parlamentarios de la sesión del 05 de enero de 2020,” para lo que únicamente se citó un *twit* de un diputado (Stalin González) del 6 de enero de 2020.

¡¡Y, santa palabra !! La magia se produjo, el libro de asistentes fue sustraído y por lo visto, nadie, más nunca, podrá saber quiénes asistieron a la sesión y si hubo o no quórum.³⁰

Con estas “consideraciones para decidir” la Sala pasó efectivamente a decidir, no la acción de amparo que era objeto del juicio y su petitorio, que era lo único que podía decidir y que terminó declarando sin lugar, sino a declarar *urbi et orbi*, sin más, como “máxima instancia de la jurisdicción constitucional,” que es “válida la Junta Directiva de la Asamblea Nacional designada el 05 de enero de 2020 para el período 2020-2021, conformada de la siguiente manera: Luis Eduardo Parra Rivero como Presidente, Franklin Duarte como Primer Vicepresidente y José Gregorio Noriega como Segundo Vicepresidente.”

Pero no se quedó allí el artilugio de la Sala, sino que, ignorando el “hecho comunicacional de que la Guardia Nacional había impedido el acceso a la sede del Parlamento “actuando claramente como una suerte de “censor parlamentario,”³¹ se “además, pasó a “observar” otro “hecho público, notorio y comunicacional” consistente en que se habrían “registrado diversos actos públicos en los que el ciudadano Diputado a la Asamblea Nacional Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez se arroga la cualidad de presidente del Parlamento Nacional,” citando para reforzar su aserto, diversas informaciones publicadas;³² y a indicar que también era del “conocimiento público” que en enero y febrero de 2020 se habían realizado “sesiones de la asamblea nacional” fuera del recinto legislativo, es decir, en espacios públicos, como en la sede del periódico “El Nacional”; el Anfiteatro El Hatillo; el Auditorio Cumbres de Curumo; la Plaza Bolívar de Chacao; y la Plaza Los Palos Grandes, en el Municipio Los Salias, del Estado Miranda.

Y de allí, la Sala formuló otra “conclusión” y decisión, *urbi et orbi*, que nada tiene que ver con la acción de amparo propuesta y que también se formuló en la sentencia como por arte de magia, y fue la afirmación de que “por ello” (¿por qué? ¿Con base en qué?, nadie sabe!!):

“queda prohibida la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico, y toda persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo. Así se decide.”

Con esta declaración, la Sala “anunció” claramente su amenaza efectiva de criminalizar el desacato de la prohibición formulada, supuestamente emitida al resolver una acción de amparo, lo que le permitiría,

³⁰ Con razón apuntó Juan Manuel Raffalli, que lo menos que pudo hacer la Sala en la -búsqueda de la verdad- y conforme a la Ley Orgánica que la regula, era -notificar al diputado Stalin González a manifestar si tenía en su poder dicho libro, y de ser así, que lo exhibiera o consignara para constatar su contenido.- Véase, Raffalli, Juan Manuel, -Contenido y efectos de la sentencia Parra,- en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia>

³¹ Así lo califica, con razón Juan Manuel Raffalli, destacando, además, que la Sala evadió -el deber de pronunciarse sobre el atropello de la GNB hacia diputados a quienes, por la fuerza, impidió el acceso al Hemiciclo para asistir a la sesión,- ignorando que la acción de amparo había identificado como supuestos agraviantes a diversos oficiales de la Guardia Nacional. En *Idem*.

³² Véase las informaciones en: <https://talcualdigital.com/guaido-pide-acompanar-a-diputados-en-pro-xima-sesion-de-la-an/>; <https://www.elnacional.com/venezuela/la-directiva-de-la-asamblea-na-cional-convoco-a-sesion-para-el-martes-en-el-palacio-federal-legislativo/>; <https://cronica.uno/an-sesiono-por-sexta-ocasion-en-el-ano-fuera-del-palacio-federal-legislativo/>.

conforme a su propia doctrina jurisprudencial,³³ dictar medidas privativas de libertad contra quienes la desacaten, con la consecuencia de la pérdida de la investidura parlamentaria conforme a la inconstitucional doctrina ya sentada en el caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo en 2014.³⁴

V. LA DECLARATORIA *IN LIMINE LITIS* DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Pero la Sala Constitucional, después de haber adoptado en sus “consideraciones para decidir” todas las antes mencionadas decisiones, es decir, luego de haber decidido sin haber decidido la acción propuesta –otra magia ilusionista incomprensible–, entonces, sin embargo, pasó a decidir la acción de amparo intentada por el ciudadano Enrique Ochoa Antich, declarándola improcedente, es decir, sin lugar, *in limine litis*, locución que en latín significa literalmente, “decisión adoptada inmediatamente antes del comienzo (en el “umbral,” en la entrada)” de un caso judicial.”

La Sala, para dictar esta insólita decisión, *in limine*, parece que se le olvidó que el juicio no sólo había comenzado, pues la propia Sala lo había admitido expresamente cinco meses antes, en su sentencia N° 1 de 13 de enero de 2020, sino que se había desarrollado bajo las pautas dadas por ella misma. No puede declararse una acción *in limine* sin lugar en un juicio, sino cuando no ha comenzado; si se ha desarrollado, es simplemente un contrasentido declararlo sin lugar *in limine*. Sin embargo, aún con ese grave error, lo que en definitiva resultó fue que, con esa decisión, el juicio terminó, y lo único que quedaba era archivar el expediente.

Se destaca sin embargo, que para tomar la decisión tan drástica declarando sin lugar la acción, la Sala constató que en la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich contra “los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional” y otros; supuestamente no se encontraban satisfechos “*los requisitos del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*,” al considerar que “*no existe actuación fuera del marco de la competencia constitucional y legalmente atribuida de la nueva Junta Directiva para el período 2020-2021, así como tampoco violación a derecho constitucional alguno por parte de los integrantes legítimos de la misma*,” sin indicar, sin embargo a cual “nueva Junta Directiva” se refería de las dos indicadas en la acción de amparo. La cita del artículo 4 de la Ley Orgánica, evidentemente que fue otro error, pero no de tipeo, sino de fondo porque expresión en utilizó la Sala es precisamente la del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo (“Art. 4: Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la república actuando *fuera de su competencia*, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional”).

Es decir, la Sala, basándose exclusivamente en una norma (artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo) que se refiere única y exclusivamente a los casos de acción de amparo contra decisiones judiciales (“resolución o sentencia”), decidió *declarar inadmisble una acción de amparo contra unos diputados*. Error craso de fundamentación de la sentencia, la cual también, por ello carece de motivación y es nula.

Y la nulidad de la misma se acrecienta al constatar que en la sentencia, la Sala Constitucional, luego de terminar el juicio,³⁵ como el mago ilusionista que saca de sombrero de copa, un conejo, rescata las decisiones que nadie le solicitó –formuladas en las consideraciones para decidir, es decir, sin haber decidido–, procediendo de oficio, no sólo declarar de nuevo “*válida*” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Eduardo Parra Rivero, sino declarar “*prohibida* la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico,” anunciando amenazantemente que “cualquier persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo.”

³³ Véase la sentencia de la Sala Constitucional No. 145 de 18 de junio de-2019, en *Revista de Derecho Público*, No. 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 ss.

³⁴ Véase los comentarios en: Brewer-Carías, Allan R. -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*, No. 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176-213.

³⁵ Por ello, con razón, el profesor José Ignacio Hernández indicó que -la Sala Constitucional no podía dictar orden alguna, al haber declarado improcedente la acción de amparo ejercida.- Véase en -Sobre el nuevo intento del régimen de Maduro de criminalizar a la Asamblea Nacional con la decisión número 65 de la ilegítima Sala Constitucional,- en <https://twitter.com/DeProcuraduria/status/1265643395260743681>, 27 mayo 2020.

Otro error craso del contenido de la sentencia, no solo porque en sí misma impone una limitación no autorizada al derecho de reunión de las personas que garantiza el artículo 53 de la Constitución, que se viola; sino porque declara *urbi et orbe* la nulidad de actos que puedan adoptarse, olvidándose la Sala de que las sentencias dictadas en materia de amparo –salvo cuando es contra actos judiciales– no tienen contenido anulatorio.³⁶

APRECIACIÓN FINAL

La sentencia, en definitiva, además de estar plagada de todos los errores imaginables en derecho, en definitiva, no es más que un manifiesto político sesgado, basado en consideraciones políticas, sobre hechos políticos, sin basamento jurídico alguno.

El Juez Constitucional quiso actuar como “mago” ilusionista, trastocando conceptualmente la acción de amparo, juzgando una supuesta violación constitucional atribuida a unos diputados aplicando la norma de la Ley sobre amparo contra sentencias judiciales; negándole la protección a una persona respecto de su derecho a la participación política y representación, y violándosela a todos los electores que eligieron a la Asamblea Nacional en 2015 y a la mayoría que la controla. Ello lo hizo, declarando sin lugar supuestamente *in limine* una acción de amparo, pero después de varios meses de haberla admitido y de haber desarrollado el juicio en la forma sesgada conforme lo dispuso, dando por sentado desde la admisión de la acción, que uno de los grupos de los diputados señalados como agraviantes era el que tenía la representación “legítima” de la Asamblea –cuando era lo contrario–, violándole en cambio el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa al otro grupo de los también señalados como supuestos agraviantes en amparo, el cual fue ignorado por completo y no fue notificado del proceso. Todo eso, además, lo hizo la Sala Constitucional sin pruebas de ninguna naturaleza, basándose solo en opiniones dadas a la prensa o en twitter sin siquiera haber verificado los nombres de los supuestos asistentes a la reunión de instalación de la Asamblea que reconoció, y si hubo o no quórum. Finalmente, la Sala cambió las reglas elementales del proceso, al declarar sin lugar la acción, que lo que debía implicar era el archivo del expediente, para, al contrario, emitir declaraciones políticas señalando como válida precisamente a la pretendida Junta Directiva de la Asamblea “electa” en una sesión donde no hubo el quórum necesario, y lanzar una prohibición general, violando el derecho constitucional de reunión, para pretender tratar de impedir una vez más que un grupo de diputados que tiene la mayoría en la Asamblea Nacional pueda ejercer su derecho como representantes electos del pueblo, con amenaza de cárcel.

En este caso, el Juez Constitucional, actuando como “mago” ilusionista, no resultó sino en un fraude: se le vieron todos los trucos, lo que confirma que definitivamente ya nadie podrá creer en lo que diga o decida. Como lo expresó, con razón el profesor Rafael Chavero Gazdik, la sentencia no sólo es “una oda al disparate,” sino que “es un documento político, ajeno a *cualquier* sentido de justicia y sensatez. Sencillamente una vergüenza de sentencia.”³⁷

³⁶ Véase por ejemplo lo indicado en: Brewer-Carías, Allan R -Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales,- en el libro: Brewer-Carías, Allan R (ed), *Ley de Orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 296-299.

³⁷ Véase @rchavero, 27 mayo 2020.

89. SOBRE LA ANOMALÍA DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 161-162, enero-junio 2020,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 467-494

Resumen: *Este artículo estudia las sentencias dictadas por la sala Constitucional en los últimos años, particularmente anulando decisiones de la Asamblea Nacional, ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad de oficio, lo que está expresamente prohibido, violando de las reglas más elementales del debido proceso.*

Palabras Clave: *Control de constitucionalidad. Debido proceso. Poderes de oficio.*

Abstract: *This article studies the decisions issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in recent years, particularly annulling decisions of the National Assembly, exercising ex officio its judicial review powers, which is expressly forbidden, in violation of the most elementary rules of due process.*

Key words: *Judicial Review. Due process. Ex officio powers.*

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 integral¹ 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.²

En cuanto al método difuso de control de constitucionalidad de las leyes,³ 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.

¹ Véase Brewer-Carías, Allan R. *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

² Véase Brewer-Carías, Allan R. *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-POR-TADA-Y-TEX-TO-PAG-WEB.pdf>

³ Véase Brewer-Carías, Allan R. -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>

En cuanto a la aplicación del método concentrado de control de constitucionalidad,⁴ 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.⁵ 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.⁶

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,⁷ 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.

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 1999⁸, 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,⁹ 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

⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. *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.%20I.%20EL%20CONTROL%20CONCENTRADO%20DE%20LA%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20ESTUDIO%20DE%20DERECHO%20COMPARADO.%20LIBRO%20ARBCDOC.pdf>

⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R., -La justicia constitucional en la nueva Constitución,- en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 35 a 44; Brewer-Carías, Allan R., *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.

⁶ Sobre esta materia véase Brewer-Carías, Allan R. -Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,- en *Revista JURÍDICA*, N° 4, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, Universidad Arturo Michelena, Valencia, julio-diciembre 2006, pp. 13-40.

⁷ Fue consagrado expresamente en el derecho positivo en el Código de Procedimiento Civil de 1897. Véase Brewer-Carías, Allan R. *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., 1989 pp. 127 ss.; Brewer-Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas San Cristóbal 1996, pp. 86 ss.

⁸ Véase nuestras propuestas sobre la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en Brewer-Carías, Allan R., *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.

⁹ 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 Brewer-Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 101.

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).¹⁰

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 a la “Jurisdicción Constitucional” en el derecho comparado.¹¹ 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 Justicia¹² 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 deficiencia 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

¹⁰ *Ídem*, pp. 131 y ss.

¹¹ Véase en general, Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., 1989, p. 190; y Brewer-Carías, Allan R. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 19.

¹² Véase en *Gaceta Oficial*, N° 39.483 del 9 de agosto de 2010. Véase sobre la ley los comentarios en: Brewer-Carías, Allan R. y Hernández Mendible, Víctor, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2010.

constitucionalidad se puede iniciar de oficio: en primer lugar, como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de 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.¹³

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*.

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*

¹³ Véase Brewer-Carías, Allan R., *La patología de la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; Brewer-Carías, Allan R., *-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.

*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.”*¹⁴

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 de 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.

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

¹⁴ A pesar, incluso, de las dudas sobre la legitimidad de dicha -Exposición de Motivos- de la Constitución. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R, *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.

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.¹⁵

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).

V. EL ANÓMALO EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD OFICIO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO 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,¹⁶ 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,¹⁷ 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).

¹⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R, *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 Henríquez Cottin sobre Teoría de la Prueba, Universidad Católica Andrés Bello N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

¹⁶ Véase Brewer-Carías, Allan R, -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.

¹⁷ Véase 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; *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.

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 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;¹⁸ 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;”¹⁹ y N° 74 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002.²⁰

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).²¹

Sin embargo, contra todos estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,²² dictada con motivo de la incorporación y juramentación

¹⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 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>

¹⁹ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/895-310501-00-2788.HTM>. Véase en Brewer-Carías, Allan R, - 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>

²⁰ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>. Véase la cita en Brewer-Carías, Allan R, -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>

²¹ *Ídem*.

²² Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>

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;²³ 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.²⁴

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 2017,²⁵ 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.”

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 2017,²⁶ 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 inadmisibile la acción intentada, 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.²⁷

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 2016,²⁸ 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 2016,²⁹ que nadie le había solicitado, y que solo podría ocurrir conforme al

²³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>

²⁴ Véase, por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R., -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.

²⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>

²⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>

²⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML>

²⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

²⁹ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-sobre-el-decreto-de-es-tado-de-excepcion-y-de-emergencia-economica-dictado-por-el-presidente-de-la-republica-bolivaria-na-de-venezuela-205>

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 2016,³⁰ la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016³¹ 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.”

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.”³²

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 2016,³³ 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 invalidez, 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.”

³⁰ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897.HTML>

³¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.256 Extra. de 13 de septiembre de 2016.

³² Véase La Roche, Ricardo Henríquez, *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.

³³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

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,³⁴ 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.

4. *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 inadmisibile 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 inadmisibile 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.³⁵

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.*”³⁶ 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 Nacional igualmente “en desacato” había aprobado el Acuerdo impugnado que declaró el abandono del cargo del Presidente de la República.³⁷

La Sala, sin embargo, como se dijo, en su sentencia declaró la inadmisibilidat 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.”³⁸

³⁴ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>

³⁵ Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML.

³⁶ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_d3f219591-da2f3_670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf

³⁷ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_9bdb6ba6ef2d206b06358a39c79a340013d9db87.pdf

³⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>

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:

“inadmisible 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 inadmisibilidad 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 inadmisibilidad, considerando lo que calificó como un mecanismo “manifiestamente inconstitucional y subversivo” que fue el de la declaratoria de responsabilidad 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 *Obitur 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 inadmisile.

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.³⁹

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 legitimidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en

³⁹ 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-re-publica. Véase en: NTN24, May 22, 2018, disponible en: <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

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.⁴⁰

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.⁴¹

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 2019,⁴² 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.⁴³

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. 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.⁴⁴

⁴⁰ 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 ff. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/07/libro.-PRONUNCIAMIENTOS-DE-LA-ACADEMIA-19-6-2019-DEFINITIVO.pdf>

⁴¹ 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>

⁴² Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, January 23, 2019, pp. 4-5. Disponible en: https://asambleana-cional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1567432078.pdf

⁴³ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, January 23, 2019, pp. 4.5. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/ac-tos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacionde-la-presidencia-de-la-re-publica-por-parte-de-nicolas-maduro-mo-ras-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion

⁴⁴ 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

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 2019,⁴⁵ 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.”⁴⁶

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.”

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

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/PresentacinDelSecretarioGeneraldeLaOEAante_NACFIL_201_60623_0001.pdf.

⁴⁵ 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/>.

⁴⁶ Disponible 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.

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.”⁴⁷

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 imperpetinente,” 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,⁴⁸ 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 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 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 2019.⁴⁹

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,⁵⁰ sancionado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019, de conformidad con los artículos

⁴⁷ 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-repu-blica. 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>

⁴⁸ 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 Pérez Royo, Javier, -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.

⁴⁹ Véase Brewer-Carías, Allan R. *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.

⁵⁰ 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; 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

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,⁵¹ 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 2019,⁵² 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 si es un acto de fuerza, y poner fin al “golpe de Estado permanente” en el que ha participado la propia Sala Constitucional,⁵³ todo lo cual ha producido una “anormalidad constitucional y legal”,⁵⁴ que es lo que el Estatuto de Transición buscó superar

⁵¹ 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.-

⁵² 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-na-cional-en-desacato>

⁵³ Véase 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*, 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-PERVERSIÓN-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edición-2016-ISBN-9789803653422.pdf>

⁵⁴ Véase Nikken, Claudia, *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.

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 autorizatorio 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 Nacional 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 2019,⁵⁵ 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.⁵⁶

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

⁵⁵ Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2019/02/SC-39-14-02-2019.pdf>

⁵⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML. Véase los comentarios 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. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CON-SOLIDACI%C3%93N-DE-LA-TIRAN%C3%8DA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf>

las personas nombradas para los cargos de la Junta Directiva, declarándolos como incurso 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 2019,⁵⁷ 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 2019,⁵⁸ no solo ratificó y amplió 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 PDVSA⁵⁹ 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 N° 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,⁶⁰ 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

⁵⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/304469-0074-11419-2019-17-0001.HTML>

⁵⁸ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>

⁵⁹ Véase *Gaceta Legislativa*, N° 6, dated April 10, 2019. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/gacetar>

⁶⁰ 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

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 2019.⁶¹

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° 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 Central 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 2019,⁶² 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 INVOLABLES 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,⁶³ por violación de todas las reglas y principios más elementales del debido proceso que enumera el artículo 49 de a misma, entre ellos, el derecho al debido proceso y a la defensa, los cuales son inviolables “en todo estado y grado” de cualquier causa.⁶⁴

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 Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho.”⁶⁵ 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

⁶¹ 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

⁶² 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>

⁶³ -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.-

⁶⁴ Véase en general, Garrido de Cárdenas, Antonieta, -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.

⁶⁵ Véase sentencia N° 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.

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.”⁶⁶

En particular, en relación con el proceso penal o sancionatorio en general, la misma Sala Político 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).⁶⁷

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 Supremo 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.*).⁶⁸

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador.⁶⁹ Esto lo ha precisado con claridad, la misma Sala Constitucional en sentencia

⁶⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

⁶⁷ Véase sentencia N° 224 de 24-02-2000, en *Idem*, pp. 136 y ss.

⁶⁸ Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político 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.

⁶⁹ 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.

Nº 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.⁷⁰ Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege 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.”⁷¹

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 Nº 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.⁷²“

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.

⁷⁰ 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 esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa.- Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁷¹ Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia Nº 572 de 18 de agosto de 1997 (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

⁷² Véase en *Revista de Derecho Público* Nº 82, EJV, Caracas 2000.

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.

90. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN EN CASOS DE DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO, ESTABLECIDO COMO “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN 2014 Y 2019, EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

Revista de Derecho Público, Nº 163-164, julio-dic. 2020,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 558-56

Resumen: *La Sala Constitucional en contra de lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo estableció en 2014 y 2019, la competencia de los jueces de amparo para imponer la sanción de prisión a quienes desacaten sus sentencias de amparo, estableciendo un procedimiento para asegurar un doble control de las decisiones por parte de la Sala Constitucional.*

Palabras Clave: *Amparo. Desacato de sentencias. Prisión.*

Abstract: *The Constitutional Chamber has established in 2014 and 2019, contrary to what is provided in article 31 of the Organic Law of Constitutional protection, the power of the ordinary judges on matter of constitutional protection proceeding, to impose the sanction of prison in cases of contempt, regulating a procedure in order to control, twice, the content of the judicial decisions.*

Key words: *Amparo Proceeding. Contemp. Prison.*

I. EL RÉGIMEN DEL DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EL INICIO DE SU TRASTOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de 1988, en Venezuela, el desacato de las sentencias de amparo está tipificado en dicha norma como un delito, cuyo juzgamiento, dada la ausencia de previsión de un procedimiento judicial específico, corresponde a los tribunales competentes de la jurisdicción penal ordinaria, mediante un proceso penal, con las garantías del debido proceso, no teniendo el juez de amparo competencia para sancionar en forma alguna el desacato de sus decisiones.

En esta forma, la ley venezolana, sigue la orientación de las leyes reguladoras del amparo en América Latina, en las cuales no se prevé para los jueces de amparo facultad directa de castigar, mediante la imposición de sanciones penales, el desacato a sus órdenes;¹ el juez de amparo no tiene legalmente potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, a sólo procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías. *Leyes de Amparo de América Latina, Con un estudio preliminar sobre el amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, Segunda Edición aumentada y actualizada, Colección Derecho Público Iberoamericano Nº 3, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas – New York, 2016.

Ello sin embargo comenzó a ser trastocado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014 (Caso: *Alcalde Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*),² en la cual, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó directamente la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el “instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.³

En efecto, luego de que un conjunto de asociaciones y cooperativas de comerciantes interpusieron una denominada demanda “por derechos e intereses colectivos o difusos” conjuntamente con una petición de medida cautelar innominada contra el Alcalde *Vicenzo Scarano Spisso* y el Director de la Policía Municipal de un Municipio del Estado Carabobo (San Diego) *Salvatore Lucchese Scaletta*, para que removieran supuestas obstrucciones en las vías públicas del Municipio que se habían producido por protestas populares contra las políticas del Gobierno, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, que les “fue notificada vía telefónica” a dichos funcionarios, acordó el amparo constitucional cautelar solicitado, y en líneas generales ordenó a los Alcaldes, entre múltiples actividades de tipo administrativo que son propias de la autoridad municipal como velar por la ordenación de la circulación, la protección del ambiente, el saneamiento ambiental, la prevención y control del delito, y en particular que debían realizar acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios:

“a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas

adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio.”⁴

Cinco días después de dictada la referida sentencia acordando la medida de amparo cautelar, la Sala Constitucional, en sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, sin que nadie se lo solicitara ni advirtiera, es decir, actuando de oficio, y con el propósito de sancionar directamente a los destinatarios de la medida cautelar por presunto desacato a la medida cautelar decretada, procedió a fijar un procedimiento *ad hoc* para ello, a los efectos de determinar “el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo,” identificando a su vez a la persona que habría incurrido en delito, anunciando además que “en caso de quedar verificado el desacato,” verificación procesal que la propia Sala haría en sustitución del juez penal, en contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo, la misma Sala impondría:

“la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitirá la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.”

Es decir, la Sala Constitucional resolvió usurpar la competencia de la Jurisdicción Penal y anunció que verificaría la comisión del delito de desacato, identificando a los autores que habían incumplido el mandamiento de amparo constitucional que había dictado, por lo que les impondría directamente la pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses, que es la sanción penal prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica, y con ello la revocación de hecho del mandato popular que tenían. Ni más ni menos, el Juez

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205>. HTML

³ Véase nuestra crítica a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -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 Vicenzo Scarano Spisso y Daniel Ceballo*), en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 y ss.

⁴ Contra esta decisión de mandamiento de amparo cautelar el Alcalde del Municipio se opuso a la misma mediante escrito de 18 de marzo de 2014, y al día siguiente, el día 19 de marzo de 2014, la Sala Constitucional con base en el argumento de que en el procedimiento de amparo no debe haber incidencias, declaró como -IMPROPONIBLE en derecho la oposición al mandamiento de amparo constitucional cautelar planteada por el ciudadano Vicenzo Scarano Spisso.- Véase la sentencia N° 139 de 19 de marzo de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162073-139-19314-2014-14-0205>.HTML

Constitucional se erigió en el perseguidor de los funcionarios públicos electos responsables de los gobiernos municipales en los Municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario, para sacarlos de sus cargos.

Para incurrir en este abuso de poder y usurpación de competencias exclusivas de los jueces de la Jurisdicción Penal, la Sala Constitucional, por supuesto, violó todos los principios más elementales de la garantía del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución, entre ellos, el derecho de toda persona a ser juzgado a través de un proceso penal desarrollado ante jueces penales, que son el juez natural en la materia; el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

II. LA ASUNCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA PARA IMPONER LA SANCIÓN PENAL POR DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO EN CONTRA DE LO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EN EL CÓDIGO PENAL

La anunciada y esperada sentencia en el caso de *Vicencio Scarano Spisso*, Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y de *Salvatore Lucchese Scaletta* Director General de la Policía Municipal de San Diego del Estado Carabobo, anunciada para revocarles el mandato popular, se adoptó en la audiencia de fecha 19 de marzo de 2014, y que fue publicada con el N° 245 el día 9 de abril de 2014,⁵ enjuiciándolos, condenándolos penalmente y encarcelándolos, y en cuanto al Alcalde Scarano, revocándole su mandato popular, es un compendio de violaciones al debido proceso que está garantizado en el artículo 49 de la Constitución, y que el “máximo garante de la misma” simplemente violó impunemente.⁶

Violación que comenzó con las garantías del debido proceso, al haberse a “juzgado,” condenado y encarcelado a los funcionarios municipales por el “delito” de desacato de una decisión cautelar de amparo, por un tribunal incompetente por no ser parte de la Jurisdicción penal, es decir, violándose el derecho al juez natural, sin proceso penal alguno cuando al tratarse de un hecho punible de acción pública se requería de la iniciativa del Ministerio Público, mediante un procedimiento sumarísimo en el cual la Sala Constitucional actuó como juez y parte, invirtiendo la carga de la prueba, al presumir la culpabilidad de los encausados, violándose el derecho a la presunción de inocencia, y además, el mismo derecho a la defensa. La Sala, en efecto, para declarar el desacato se basó en “recortes de prensa” que supuestamente “acreditaban” un “hecho notorio comunicacional,” que le dieron “certeza y convencimiento de que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta son responsables del desacato al amparo cautelar decretado en sentencia dictada el 12 de marzo de 2014,” concluyendo de ello que había quedado “demostrada la falta de acatamiento del amparo cautelar dictado por esta Sala, por parte de los encartados de autos, quienes incumplieron las órdenes contenidas en el mismo.”

Luego de declarar el desacato al mandamiento de amparo, la Sala consideró “de manera definitiva” que la conducta de los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta encuadraba “en el supuesto de hecho del precepto establecido en el artículo 31 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,” pasando entonces a constatar que la Constitución dispone que corresponde al poder Judicial “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias” (art. 253), para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos “expeditos y eficaces,” con el revestimiento “a la jurisdicción de la fuerza coercitiva necesaria para que ello pueda materializarse de manera efectiva,” como supuestamente resulta del citado artículo 31 de la Ley de Amparo.

Sobre esta norma, que prevé, como se ha visto, una sanción penal tipificada como delito con pena de prisión para quienes desacatan decisiones de amparo, que sólo puede aplicarse por la Jurisdicción Penal, luego de constatar que el artículo 28 de la Ley de Amparo le atribuye potestad sancionatoria de arresto al

⁵ Véase la sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014 (Caso: *Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205>. HTML. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014 y en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 111 ss. Véase la crítica a la sentencia 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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

⁶ Lo decidido en esta sentencia se repitió en la sentencia adoptada en la audiencia del día 25 de marzo de 2014, y publicada con el N° 263 el 11 de abril de 2014 dictada en contra del Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Daniel Ceballos, en la cual se aplicó la -doctrina vinculante- que se había establecido inconstitucionalmente en la sentencia 245, e igualmente, se lo enjuició, condenó penalmente, encarceló y se le revocó su mandato popular en contra de todos los principios del debido proceso.

juez de amparo –inconstitucional por lo demás– en casos de amparos temerarios, pasó a hacer una afirmación insólita, sin base legal alguna, en el sentido de que:

“si bien no hace referencia expresa “al tribunal” como ente sancionador, lo que pudo estimarse innecesario por parte del legislador, [...] ello no es determinante para privar al juzgador de amparo, cuya decisión ha sido desacatada [...], de aplicar tal sanción en protección no sólo de los derechos que persigue tutelar mediante la misma y el proceso que la contiene, sino también de la labor del juez y del sistema de administración de justicia, pues si no hubiere una reivindicación inmediata de la decisión adoptada, la jurisdicción perdería la fuerza suficiente para cumplir las atribuciones que le asigna la Constitución y el resto del orden jurídico, dejando pasos a otras formas de control de los conflictos e interacciones sociales, que no sólo pudieran contrariar la parte orgánica de la Constitución, sino y sobre todo, su dimensión dogmática: valores, principios, derechos y garantías.”

Con base en esto, la Sala Constitucional, consideró que el hecho de que la misma no tuviera conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, la posibilidad de sancionar los desacatos a sus mandamientos, ello implicaría “un desacato a la ley,” como también lo sería el tener que dirigirse al Ministerio Público para que este, si lo estima, iniciase la acción penal correspondiente, lo que podría hacer “completamente ilusorio el cumplimiento del mandamiento de amparo.” Por ello, para supuestamente “garantizar los artículos 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 253 de la Constitución,” la Sala concluyó como si fuera un tribunal penal, imponiendo directamente a los mencionados ciudadanos Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta la sanción de prisión en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, y con ello la pena accesoria de la inhabilitación política prevista en el artículo 24 del Código Penal.

Esta decisión de la Sala Constitucional, de aplicar estrictamente la ley (Código Penal) para imponer una pena accesoria pero ignorando lo que la ley dispone para aplicar la pena principal, que es la que origina la accesoria, la llevó a tratar de justificar lo injustificable, argumentando sobre la competencia para imponer dicha pena principal, que la misma Sala “en algunas decisiones” citando las N° 74 del 24 de enero de 2002 y N° 673 del 26 de marzo de 2002, le había dado correctamente el tratamiento que se le da a los ilícitos penales,

“en el sentido de que, al advertir el desacato, ordenaba oficiar al Ministerio Público para que investigara si se cometió o no el desacato y, si así lo estimare, acusara ante la jurisdicción penal o, en su defecto, solicitara el sobreseimiento de la causa o archivara el expediente. Actuación que se desplegaba aun a pesar de haber podido comprobar el hecho del desacato por notoriedad comunicacional o por medios de prueba que constaban en la causa.”⁷

Frente a ello, todo el argumento subsiguiente de la Sala Constitucional en su sentencia se redujo a una rebuscada intento de ignorar su propia jurisprudencia, indicando que, en este caso, *la demanda de amparo había sido intentada ante la propia Sala Constitucional en protección de derechos e intereses colectivos*, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, y que la misma había dictado conforme a dicha Ley, una medida de amparo cautelar. Por ello, entonces, afirmó la Sala, que su propia doctrina “no puede permanecer estática” cuando la Ley Orgánica de Amparo no establece “procedimiento alguno para la valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento de amparo a efectos de su remisión al órgano competente,” pasando luego a apelar al expediente de que conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, “cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúa un proceso especial a seguir, se aplicará el que exclusivamente las Salas de este

⁷ Se le olvidó a la Sala Constitucional, sin embargo, hacer referencia y copiar su más reciente sentencia en la materia que fue la N° 1013 de 11 de julio de 2012, en la cual cita a su vez la sentencia N° 341 de 1° de marzo de 2007 y otras decisiones anteriores, en la cual -expresamente se estableció sobre lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: que -se trata de una *pena corporal* que se prescribe para toda aquella persona que incurra en el supuesto de desacato del contenido de un mandamiento de amparo, y *esto es propio de la jurisdicción penal. Así lo ha ratificado la jurisprudencia, al considerar que es dicha jurisdicción, la encargada de conocer las causas iniciadas por incumplimiento de mandamiento de amparo.* - En sentencia del 31 de mayo de 2001 (Caso: *Aracelis del Valle Urdaneta*) la Sala dijo: -(...) *Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga -le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)- (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas).* Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: -al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 *ejusdem*, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.- (Caso *Ramón Isidro Nava Aponcio*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1013-11712-2012-2011-1466.HTML>

Alto Tribunal juzguen más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento legal,” ignorando por supuesto, que en materia de aplicación de una pena de prisión como pena principal, si hay un procedimiento establecido que es el del Código Orgánico Procesal Penal a ser desarrollado exclusivamente por los tribunales de la Jurisdicción penal.

En este marco de ignorancia deliberada de lo que la ley establecía, fue que la Sala en su sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, considerando que la Ley del Tribunal Supremo era de 2010 y que aplicar la ley, es decir, el Código Orgánico Procesal Penal, no era el “tratamiento jurídico que debe dársele al referido ilícito” penal, apeló entonces inconstitucionalmente a la previsión del artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo para “determinar el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo cautelar decretado,” citando así a los “encausados” a una audiencia oral en la cual no se garantizaron en forma alguna los principios del debido proceso legal, para proceder de inmediato, como se lo exigía el poder político, a declarar su culpabilidad, condenarlos y encarcelarlos *ipso facto*, en un solo acto y momento en el cual supuestamente podían exponer “los argumentos que a bien tuvieren en su defensa.” Y todo ello, tratando de justificar que la norma sancionatoria del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, a pesar de que fija un tipo delictivo de desacato y una sanción penal de prisión, supuestamente, “carece de carácter penal” porque ninguna norma la califica como “ilícito penal.”

O sea que de acuerdo con la Sala, una tipificación de una conducta en una norma legal como “delito,” sancionado con pena de “prisión,” no sería un “delito,” sino quién sabe qué otra cosa, lo que por tanto no amerita aplicar las garantías del debido proceso, que son entre otras, el derecho al juez natural (jurisdicción penal), y a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa; y todo para tratar de tratar de justificar que en esos casos es el propio juez que lleva el proceso el que debe aplicar la sanción, máxime –a juicio de la Sala– cuando se trate de decisiones que “dicte este Máximo Tribunal de la República, en tutela de intereses y derechos constitucionales.” Todo ello, por supuesto, es totalmente inconsistente con el régimen de protección de la libertad individual, que garantiza que sólo mediante decisión de un juez penal se puede imponer una pena privativa de libertad como la de prisión, siendo absolutamente falaz la argumentación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia de que “no toda norma que contenga sanciones restrictivas de la libertad es necesariamente una norma penal.” Ello es cierto, sólo referido a las sanciones de “arresto” establecida como sanción administrativa (incluso la impuesta por autoridades judiciales), pero simplemente no es cierto si se refiere a la pena de “prisión,” que siempre, siempre, tiene carácter penal, por más que la Sala pretenda decir que “que hoy día, materialmente hablando, [el arresto] no reporta mayores diferencias con la prisión.” A la luz de toda la doctrina citada y copiada en la sentencia, al contrario, si hay diferencia, por lo que la pena de “prisión” impuesta por desacato de una medida de amparo, por más que la Sala la considere anacrónica, sí es una sanción que pertenece “al derecho penal” y no simplemente al derecho público,” pues no es una simple sanción a una “desobediencia o conducta indebida ante un tribunal.”

Por lo demás, se le olvidó a la Sala que el arresto, al no ser una pena, no conlleva la pena accesoria de inhabilitación política; en cambio la pena de prisión sí la conlleva, como la propia Sala lo aplicó en este caso. No se entiende entonces cómo la Sala pudo empeñarse en negarle el carácter de pena, de derecho penal a la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, pero a la vez empeñarse en aplicarle la pena accesoria de inhabilitación política que sólo procede cuando hay una “pena (penal) principal, como la de prisión.

Después de estos argumentos contradictorios, la argumentación de la Sala se quedó en rumiar sobre lo ineficaz que sería “la intervención penal en el caso del desacato de amparo,” y sobre “la presencia de tal ilícito en una ley no penal” como la Ley Orgánica de Amparo; y todo para justificar el inconstitucional procedimiento establecido en su decisión para juzgar y condenar por tal delito de desacato, sin seguir el debido proceso penal, considerándolo como “una intervención jurisdiccional absolutamente legítima,” y pretender “asimilar” la sanción penal al desacato en materia de amparo y la sanción penal de prisión, a las simples sanciones administrativas y jurisdiccionales de arresto que prevén muchas normas del ordenamiento procesal aplicables por los propios jueces.

Por todo ello, no puede sino causar asombro cómo la Sala Constitucional en su sentencia, concluyó afirmando que con la decisión adoptada de condenar y encarcelar a un Alcalde y a un alto funcionario municipal por el “delito” de desacato de una sentencia de amparo que según su propia calificación es un delito “de acción pública,” imponerles una “pena de prisión” como “pena principal,” y además la “pena accesoria” de inhabilitación política, –con ello dijo–:

“la Sala no pretende juzgar ilícito penal alguno vinculado a esta causa, pues lo que está siendo objeto de decisión es si hubo o no desacato a la decisión que dictó, y, al haberlo corroborado, imponer la consecuencia jurídica que le obliga atribuir, en estos casos, la ley (artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo).”

O sea que la Sala Constitucional sin garantizar en forma alguna el debido proceso, juzgó un ilícito penal sin proceso penal alguno, impuso una sanción penal como pena principal (pena de prisión), e inhabilitó políticamente a los condenados (pena accesoria a la principal), diciendo sin embargo que no se estaba juzgando ilícito penal alguno vinculado a la causa. Y, además, para justificar la inconstitucionalidad cometida, concluyó que ello lo hacía “*en ejercicio de la potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional*,” que supuestamente “no se contrapone a la competencia penal del Ministerio Público, de la policía de investigación penal y de la jurisdicción penal (*stricto sensu*), la cual no se extiende hasta este ilícito judicial constitucional de desacato.”

Aparte de que para que exista una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional” se requiere texto legal expreso que la regule, la única forma de quitarle el carácter penal al supuesto “ilícito judicial constitucional de desacato” que no es nada más que en palabras de la Sala “un hecho punible de acción pública” es mediante una reforma de la ley, y no mediante una sentencia de la Sala Constitucional.⁸

III. LA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2014 DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO EXCLUYENDO LA APLICACIÓN DE LAS “REGLAS DEL PROCESO PENAL Y DE LA EJECUCIÓN PENAL” EN CASO DE DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO, ATRIBUYÉNDOLE A LOS PROPIOS JUECES DE AMPARO LA COMPETENCIA PARA DECIDIR EN LA MATERIA

En definitiva, después de todos estos argumentos para justificar lo injustificable, y poner fin a cualquier discusión en la materia, y en virtud de la necesidad que tenía la Sala Constitucional de enjuiciar y encarcelar a dos alcaldes de oposición en un momento particular de crisis política y manifestaciones callejeras, la Sala Constitucional en su sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014 procedió a “reformular” en general lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo “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.”

En esta forma, la Sala Constitucional sin invocar específicamente su potestad de establecer “interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de normas o principios constitucionales” prevista en el artículo 335 de la Constitución, en realidad procedió a establecer con carácter vinculante la interpretación de una norma legal; es decir, del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, “despenalizando” el tema y

⁸ Por ello, con razón, al conocerse la sentencia, los profesores Alonso Medina, Alberto Arteaga y José Luis Tamayo expresaron, en rueda de prensa transmitida por el canal de internet de El Nacional: -su estupor frente a un acto de la Sala Constitucional que consideran -incalificable-, porque a su ver y entender no respeta ninguna regla constitucional ni derecho a la defensa. Coinciden en señalar que en este día el Tribunal Constitucional abre una nueva etapa en la administración de la justicia en Venezuela al asumir ilegalmente una parodia de juicio penal, sin acusación por delante, actuando como juez de instrucción (no vigente en el ordenamiento jurídico venezolano actual), y dictando una condena que viola flagrantemente normas procesales y el principio de libertad. En este acto sin nombre, indican que se viola todo principio constitucional comenzando (1) por el Principio fundamental de la Competencia, que es de materia de orden público, y pasando por (2) el Principio de Juez Natural; (3) el Principio del Derecho a la Defensa; y (4) el principio del Debido Proceso. Además de que viola completamente el Código Orgánico Procesal Penal. Véase en -La anti justicia-, VenEconomia.com, 10 de abril de 2014, en http://www.veneconomi.com/site/mo-dulos/m_visor.asp?pub=4228

atribuyéndole a todos los jueces de amparo la competencia para conocer del desacato de las sentencias de amparo y para imponerle a los responsables, en sustitución de la jurisdicción penal, la pena de prisión por desacato a las sentencias de amparo que dicten.

Sin embargo, de lo que siguió en la sentencia puede deducirse que la Sala Constitucional no quedó totalmente convencida de la “interpretación vinculante” que hizo, atribuyéndole a los jueces de amparo en todas las jurisdicciones para resolver por sí los desacatos a sus propias sentencias e imponer penas de prisión a los que las desacataran, por lo que, además, fijó, también con carácter vinculante un procedimiento específico, a los efectos de asegurar que la Sala Constitucional tendría la posibilidad de ejercer un control previo a la ejecución de las sentencias de desacato, sobre las actuaciones de los jueces de amparo en la materia, disponiendo que:

“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.”

La Sala concluyó su sentencia, entonces, después de declarar el desacato al mandamiento de amparo que había dictado en la sentencia N° 136, en el que habrían incurrido Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, y sancionarlos conforme al previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo a cumplir diez (10) meses y quince (15) días de prisión, cesándolos en el ejercicio de sus cargos, indicando que:

“en atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala ordena la publicación íntegra del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Judicial*, en cuyos sumarios deberá indicarse lo siguiente:

“*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece, 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 establece el procedimiento que deben seguir los Tribunales de la República para aplicarla*”.

IV. LA NUEVA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2019 EMITIDA [POR LA SALA CONSTITUCIONAL. MODIFICATORIA DE LA ANTERIOR, PARA ASEGURAR QUE LA SALA CONSTITUCIONAL

Con base en la “interpretación vinculante” de 2014, antes indicada, tribunales competentes en materia de amparo todas las jurisdicciones, comenzaron a enjuiciar a quienes desacataron sus sentencias de amparo y a imponerles las penas de prisión previstas en la Ley Orgánica de Amparo, buscando privarlos de libertad tal y como lo había autorizado la Sala, enviándole a la misma los expedientes en consulta, “saltándose” los respectivos tribunales superiores (*per saltum*), antes de ejecutar las sentencias.

Entre las sentencias recibidas por la Sala, estuvo la dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, de fecha 18 de septiembre de 2015 (expediente N° 24.972), mediante la cual dicho tribunal 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.*”

La Sala Constitucional se declaró competente para conocer en consulta sobre lo decidido por el tribunal de instancia, y dictó la sentencia N° 145 de 18 de junio de 2019 (Caso: Joe Taouk, Jajaa),⁹ destacando en general, que “por notoriedad judicial” había 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

⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 y ss.

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.”

Con base en esos excesos, la Sala Constitucional estimó necesario variar el “criterio jurisprudencial sentado en la antes mencionada sentencia N° 245 de 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; y “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,” con el “objeto de evitar el uso indebido de la aludida institución,” procedió a cambiar su “interpretación vinculante” con el objeto de:

“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.”

Y en esta forma, “a partir de la publicación” de la sentencia N° 145 de 18 de junio de-2019 en la Gaceta Oficial, la Sala Constitucional estableció “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.”

Es decir, que la consulta obligatoria de las sentencias de jueces de instancia sobre desacato de sentencias de amparo a partir de abril de 2019 no solo debe realizarse luego de dictarse sentencia, pero antes de su ejecución, sino también, obligatoriamente, antes de dictarse la sentencia. Así, estableció la Sala:

“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.”

Por supuesto, la “interpretación vinculante” solo se dirigió a los casos de decisiones de los tribunales de instancia en la materia, y no a los casos en los cuales sea la propia Sala Constitucional la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, en cuyo caso debe aplicarse, “sin más, el procedimiento establecido en la mencionada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014.”

Con base en todo ello, la Sala Concluyó su sentencia no solo declarando su competencia para “en consulta *“per saltum”* la sentencia que fue sometida a su conocimiento, revocándola y declarando sin lugar el desacato en el caso concreto, sino ordenando que el fallo fuese publicado en la Gaceta Oficial y en la Gaceta Judicial, con la indicación, en los “sumarios” de 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.”*

2021

91. VANDALISMO CONSTITUCIONAL, FRAUDE ELECTORAL Y DISPARATE JUDICIAL: EL CASO DE LA ELECCIÓN DE GOBERNADOR EN EL ESTADO BARINAS EL 29 DE NOVIEMBRE DE 2021

Revista de Derecho Público, N° 167-168, julio-dic. 2021,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 311-322

Resumen: *Este artículo analiza la inconstitucional decisión adoptada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, anulando la elección del Gobernador del Estado Barinas y ordenando al Consejo Nacional Electoral a convocar una nueva elección indicándole fecha para ello.*

Palabras Clave: *Gobernadores. Elecciones; Estado Barinas. Elecciones. Nulidad.*

Abstract: *This article analyzes the unconstitutional decision issued by the Electoral Chamber of the Supreme Court of Justice, annulling the election of the Governor of the State of Barinas and ordering the National Electoral Council to call a new election indicating a date for it.*

Key words: *Governors. Election; State of Barinas; Elections. Nullity.*

I

Con el inconcluso proceso de elección del Gobernador del Estado Barinas que tuvo lugar el pasado 21 de noviembre de 2021, ocurrió lo que José Ignacio Hernández ha calificado como un gran “*fraude*” electoral cometido por el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia;¹ uno, de tal magnitud que, incluso, el Comité Regional del Partido Comunista de Venezuela en Barinas consideró que: “constituye la mayor *estafa política* contra el pueblo, sin precedentes en la historia contemporánea.”²

Por ello, Freddy Gutiérrez Trejo consideró que todo lo ocurrido en Barinas constituye un:

“delito de estafa agravada y continuada, y que la víctima directa e inmediata es la sociedad de Barinas; los barinenses con derecho al voto libre, universal, directo y secreto por el candidato de su preferencia. Presenciamos un fraude a la Constitución y a la Ley que establecen las competencias de cada órgano del Estado.”³

Ello, aparte de que las referidas elecciones, como era de esperarse, no reunieron las condiciones mínimas indispensables para que pueda haber elecciones libres, justas, confiables, plurales, libres de ventajismos y verificables, sujetas a control de un órgano imparcial, motivo por el cual fueron

¹ Véase José Ignacio Hernández, -El fraude del Consejo Nacional Electoral y la sala Electoral en la elección del Gobernador del Estado Barinas,- noviembre de 2021. Disponible en: https://www.academia.edu/62990498/EL_FRAUDE_DEL_CONSEJO_NACIONAL_ELECTORAL_Y_LA_SALA_ELECTORAL_EN_LA_ELECCION_DEL_GOBERNADOR_DE_BARINAS

² Véase el Comunicado del Comité Regional del Partido Comunista de Venezuela en Barinas; -Rechazamos y condenamos la estafa política al pueblo de Barinas,- en Tribuna Popular, 30 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://prensa-pcv.wordpress.com/2021/11/30/rechazamos-y-condenamos-la-estafa-politica-al-pueblo-de-barinas/>

³ Véase Freddy Gutiérrez Trejo, -Barinas-, en Tal Cual, 4 de diciembre de 2021. Disponible en <https://talcualdigital.com/barinas-por-freddy-gutierrez-trejo/>

completamente cuestionadas por las delegaciones internacionales de Observación electoral que fueron permitidas por el régimen para presenciarlas.⁴

El fraude o estafa electoral que se cometió en el Estado Barinas fue producto de acciones aparentemente coordinadas, atribuidas al Consejo Nacional Electoral, a la Contraloría General de la República y a la Sala Electoral de Tribunal Supremo de Justicia,⁵ quedando materializada dicha estafa o fraude con el “anuncio” de la emisión de dos sentencias N° 78 y N° 79 que habrían sido dictadas por la Sala Electoral del Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 2021.⁶

A la fecha en la cual concluyo esta nota (7 de diciembre de 2021) ha transcurrido una semana desde que las sentencias fueron dictadas sin que las mismas hayan sido publicadas, de manera que de ellas solo se conoce, aparte de las múltiples noticias y comentarios de prensa y las redes sociales, la escueta información que está disponible en el referido portal del Tribunal Supremo de Justicia.

Falta, por supuesto, estudiar el texto de ambos fallos, pero sin duda, la breve información que aparece en dicho portal oficial es suficiente para determinar la magnitud del vandalismo electoral que se ha cometido, basado en la ignorancia más supina de lo que es un proceso de amparo, dando origen a un conjunto de disparates judiciales que constituyen una afrenta al conocimiento jurídico.

Esto no debemos dejar de analizarlo, a pesar de que en la actualidad el país parece que ya se ha olvidado del fraude cometido, pues la atención, conducida por los medios, está quizás más entretenida en determinar quiénes serán, al fin, después de todas las peleas internas y las trampas electorales externas, tanto por parte del partido de Gobierno como de los de la supuesta “oposición,” los próximos “candidatos” en la elección del Gobernador de Barinas que será, si se hace el 9 de enero de 2022 como fue inconstitucionalmente ordenado, una elección doblemente ilegítima.

II

En el Estado Barinas, en efecto, tal como lo reconoció la Sala Electoral para el momento en el cual dictó la sentencia N° 79 de 29 de noviembre de 2021, según la información publicada en el portal oficial del Tribunal Supremo,

“las proyecciones consignadas por el Consejo Nacional Electoral dan un porcentaje de votos a favor del candidato Freddy Superlano, titular de la cedula de identidad V-12.555.398, del 37, 60 % con respecto al 37,21 % de votos obtenidos por el candidato Argenis Chávez, titular de la cedula de identidad V-4.925.031.”

⁴ Véase -Carter Center Expert Mission Issues Preliminary Report on Venezuela's Regional and Municipal Elections,- Dec. 3, 2021. Disponible en: <https://www.cartercenter.org/news/pr/2021/venezuela-120321.html#translate>. Véase sobre lo advertido por los Observadores de la Unión Europea y el Centro Carter las referencias hechas por José Ignacio Hernández -El fraude del Consejo Nacional Electoral y la sala Electoral en la elección del Gobernador del Estado Barinas,- Noviembre de 2021, disponible en: https://www.academia.edu/62990498/EL_FRAUDE_DEL_CONSEJO_NACIONAL_ELECTORAL_Y_LA_SALA_ELECTORAL_EN_LA_ELECCION_DEL_GOBERNADOR_DE_BARINAS; y -Deficiencias estructurales en el sistema electoral venezolano según la Misión de la Unión Europea Acceso a la Justicia,- en Acceso a la justicia, 2 de diciembre de 2021, Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/deficiencias-estructurales-en-el-sistema-electoral-venezolano-segun-la-mision-de-la-union-europea/>

⁵ Por ello, el Sr. Roberto Rincón, Rector del Consejo Nacional Electoral, con razón denunció que en Barinas hubo una -conspiración para desconocer la soberanía popular,- en decir, -desde fuera del CNE se conspiró desde muy temprano para 1) obstaculizar la recepción de actas de las zonas más remotas del estado, 2) impedir la totalización, adjudicación y proclamación del ganador fabricando una inhabilitación política inconstitucional, 3) secuestrar atribuciones del Poder Electoral anulando el resultado de la elección del 21 de noviembre, y convocando una nueva elección el 9 de enero, 4) dificultar la postulación de candidatos inhabilitando arbitrariamente a última hora a los posibles candidatos de oposición-. Véase -Rector Picón: En Barinas hubo una «conspiración para desconocer la soberanía popular» en Tal cual, 7 de diciembre de 2021. Disponible en <https://tal-cualdigital.com/rector-picon-el-caso-barinas-es-un-retroceso-en-recuperacion-del-voto-como-he-ramienta/> En igual sentido, véase: -Roberto Picón califica de conspiración irregularidades en las elecciones de Barinas,- El Nacional, 7 de diciembre de 2021. Disponible en <https://www.elnacional.com/venezuela/roberto-picon-califica-de-conspiracion-irregularidades-en-las-elecciones-de-barinas/>; y -Roberto Picón: Fuera del CNE se conspiró para obstaculizar recepción de actas de Barinas,- en El Carabobeño, 7 de diciembre de 2021. Disponible en: https://www.el-carabobenio.com/roberto-picon-fuera-del-cne-se-conspiro-para-obstaculizar-recepcion-de-actas-de-barinas/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter

⁶ La noticia que de ellas se tiene es la que se publicó en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia. Disponibles en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/consultasala.asp?sala=006&dia=29/11/2021>

Es decir, en el Estado Barinas, como sucedió en algunos otros Estados, el candidato Freddy Superlano, quien no era del partido de Gobierno y que participó en las elecciones en “oposición” al mismo, habría ganado, imponiéndose al candidato del Gobierno y quien era Gobernador de la entidad, Argenis Chávez.⁷

III

En ese estadio del proceso electoral, faltando solo por sumar unas actas que habían sido retenidas indebidamente por militares,⁸ de acuerdo con la información del portal del Tribunal Supremo de Justicia relativa a su Sala Electoral, con fecha 29 de noviembre de 2021 se abrió el expediente N° 2021-0000063, correspondiente a una *acción de amparo* intentada por:

“el ciudadano Adolfo Ramon Superlano, titular de la cédula de identidad N° V-4.262.374, alegando el carácter de “... candidato a la gobernación del estado Barinas por el Partido Min unidad y otros, dentro del proceso, asistido por el abogado Devenish Griffith Jorge Luis, inscrito en el Inpreabogado bajo el N° 134.679, ...,” contra el ciudadano “... Freddy Superlano, venezolano, mayor de edad y titular de la cedula de identidad N° V-12.555.398”

Es decir, en este caso, se inició un *proceso de amparo* de carácter personalísimo mediante acción intentada por un ciudadano como parte supuestamente agraviada que fue el Sr. Adolfo Ramon Superlano (erradamente identificada como candidato) contra otro ciudadano como parte supuestamente agravante que fue el Sr. Freddy Superlano (quien en realidad fue el candidato), ambos identificados en la nota del Tribunal.

El motivo o fundamento para intentar la acción de amparo fue, conforme al resumen que está en el portal oficial del Tribunal:

“la presunta violación de los derechos constitucionales a la participación y el sufragio, previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *con base en los hechos públicos y notorios* relacionados con el clima de tensión entre las militancias políticas que hacen vida en el Estado Barinas, así como a la remisión por la Junta Electoral Regional de las actas de totalización a la Junta Nacional Electoral del Consejo Nacional Electoral.

Las normas constitucionales que consagran los derechos constitucionales que se dicen violados por parte del Sr. Freddy Superlano son las siguientes:

“Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas....

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.”

Siendo estos los dos únicos derechos constitucionales que se aducen como violados, se presume que como fundamento de la acción de amparo intentada, el Sr. Adolfo Ramon Superlano lo mínimo que debió haber alegado ante la Sala Electoral para poder pretender que se declarase un amparo constitucional a sus derechos en contra del Sr. Freddy Superlano como presunto agravante, sería que éste en alguna forma e indebidamente le habría impedido o restringido ejercer su derecho de participar políticamente en los asuntos públicos o su derecho al sufragio.

De ese proceso de amparo entablado entre dos partes, una presuntamente agraviada y otra presuntamente agravante, no podía resultar otra decisión que no fuera la protección del derecho constitucional del agraviado Adolfo Ramon Superlano a la participación política y al sufragio, previa prueba mediante hechos de que el Sr Freddy Superlano le había lesionado dichos derechos; restableciendo con la decisión la situación jurídica infringida conforme lo establece el artículo 27 de la Constitución que regula la acción de amparo.

⁷ Ello lo ratificó el Sr. Roberto Picón, Rector del Consejo nacional Electoral en Comunicado: -Ante la sentencia de la sala Electoral del TSJ que ordena al CNE de realizar nuevas elecciones para gobernador de Barinas para el 09 de enero de 2021,- Caracas 30 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://runrun.es/noticias/461863/inhabilitacion-de-superlano-era-desconocida-por-el-cne-al-momento-de-su-postulacion-y-otras-claves-del-comunicado-de-roberto-picon/>

⁸ Véase lo indicado por Rocío San Miguel, -El Plan República tiene que cambiar sus autoridades en Barinas- en el pitazo, 5 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://elpitazo.net/entrevistas/rocio-san-miguel-el-plan-republica-tiene-que-cambiar-sus-autoridades-en-barinas/>

IV

Nada de lo anterior aparece reflejado en la información del portal del Tribunal Supremo de Justicia, donde solo se indica que en el expediente N° 2021-0000063 se dictaron dos sentencias: N° 78 y No. 79, la primera acordando una medida cautelar que se había solicitado con la acción de amparo, y la segunda declarando la acción con lugar *in limine litis*.

En cuanto a la primera sentencia dictada, N° 78, según la información del portal del Tribunal Supremo, la Sala Electoral comenzó por declararse competente para conocer de la “acción de amparo” intentada, y a “admitirla” pura y simplemente, sin aparentemente considerar si lo que se haría intentado era, realmente, una acción de amparo ni que, de haberlo sido, la misma tuviera “carácter electoral.”

Conforme a La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Electoral en materia de amparo contra personas particulares solo tiene competencia en casos de “demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas de las atribuidas a la Sala Constitucional” (art. 28.3). Por tanto, se tiene que tratar de un amparo “de contenido electoral” lo que exige que la parte agraviada alegue y pruebe que la parte agraviante le ha causado una violación o amenaza con causársela a sus “derechos electorales.”

De lo indicado en el portal de la Sala no se deduce en forma alguna que el Sr. Freddy Superlano hubiera impedido, lesionado o amenazado en forma alguna el ejercicio de sus derechos constitucionales a participar y al sufragio del Sr. Adolfo Ramón Superlano. Lo que más bien se puede deducir de la confusa referencia que se puede leer en el portal del Tribunal Supremo sobre lo alegado por el accionante es que lo que el Sr. Adolfo Ramón Superlano buscaba era hacer del conocimiento de la Sala que supuestamente las autoridades electorales habrían admitido la postulación como candidato de un ciudadano que tendría pendiente averiguaciones en curso y que supuestamente habría sido inhabilitado políticamente.⁹ Estas circunstancias, quizás hubieran podido ser el fundamento de una acción contencioso electoral de anulación contra los actos de las autoridades electorales de admisión de la postulación y de realización de las elecciones, pero no de una “acción de amparo” de un ciudadano contra otro ciudadano, y la Sala Electoral estaba obligada a advertírsele al accionante para que corrigiese su “acción,” y de lo contrario declararla inadmisibile conforme al artículo 19 de la ley Orgánica de Amparo.

Los hechos narrados en modo alguno pueden ser utilizados para tratar de argumentar un inexistente “carácter electoral” en un amparo entre particulares, cuando en realidad de lo que se trataba era de impugnar una postulación y una elección; lo cual debía hacerlo el demandante mediante un recurso contencioso electoral de anulación y no mediante una acción de amparo.

Con la sentencia N° 78 se puso de manifiesto el primer disparate judicial cometido por la Sala Electoral que fue, por una parte, declarar su competencia para conocer de una acción intentada por un particular contra otro, que de “acción de amparo” nada tenía, al ni siquiera indicarse cómo es que el Sr. Freddy Superlano le habría violado o amenazaba con violar el derecho de participación y sufragio del Sr. Ramón Adolfo Superlano, haciéndose referencia solo a “*hechos públicos y notorios* relacionados con el clima de tensión entre las militancias políticas que hacen vida en el Estado Barinas;” y por la otra, proceder a admitir una supuesta “acción de amparo” entre particulares que no sólo no tenía carácter electoral, sino que lo que buscaba aparentemente era cuestionar la actuación de las autoridades electorales por haber aceptado la postulación del Sr. Freddy Superlano para unas elecciones. Lo cierto es que todo ello obligaba a la Sala Electoral a declarar inadmisibile la “acción de amparo” intentada, y devolverle el documento al Sr. Ramón Adolfo Superlano para que lo corrigiera y formulara más bien un recurso contencioso electoral de anulación contra las actuaciones de las autoridades electorales.

⁹ Debe señalarse que dicho hecho de la inhabilitación, según lo informó el rector Roberto Picón del Consejo Nacional Electoral, ni siquiera era del conocimiento del Consejo. Véase -Rector Picón aseguró que el CNE desconocía inhabilitación a Superlano. El rector Roberto Picón dejó constancia que la inhabilitación del ciudadano Freddy Superlano era desconocida para el CNE para el momento de su postulación,- en *analitica.com*, 30 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/rector-picon-aseguro-que-el-cne-desconocia-inhabilitacion-a-superlano/>. El Rector Rincón también informó que, para el momento de la decisión de la Sala Electoral, el afectado Sr. Freddy Superlano también desconocía su inhabilitación. Dijo: -No sabemos qué acciones haya hecho Freddy Superlano desde ese momento hasta acá para que sea inhabilitado. Él tampoco fue notificado, ni sabía que fue hallado culpable, ni se le pidió que resarciera al Estado por los daños que supuestamente ha causado.- Véase en: -Picón: Votación interna en el CNE negó pasar caso Superlano a Sala Constitucional del TSJ,- en *Tal Cual*, 2 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://talcualdigital.com/roberto-picon-inhabilitacion-de-freddy-superlano-llego-en-un-momento-inoportuno/>

V

Luego de declararse competente para conocer la “acción de amparo” intentada, la cual siendo una acción de amparo debía estar fundada en que el Sr. Freddy Superlano habría cometido supuestos actos lesivos contra de los derechos constitucionales a participar y al sufragio del Sr. Adolfo Ramón Superlano, y de admitir la acción, la Sala Electoral pasó a cometer un segundo disparate judicial, y fue resolver la petición de medidas cautelares que se habían formulado junto con la “acción de amparo,” que nada tenían que ver con presuntos actos lesivos o amenazas de Freddy Superlano en contra de Adolfo Ramón Superlano, sino que se referían a actuaciones de entes públicos como son las autoridades electorales que no eran “parte” en el proceso de amparo iniciado.

La Sala Electoral, en efecto, para acordar medidas cautelares, lo hizo formulando la siguiente “declaración:”

“que ante la exposición del accionante con respecto a la supuesta existencia de procedimientos y averiguaciones administrativas y penales contra el ciudadano Freddy Superlano, identificado en autos, que cursan ante los Órganos competentes del Estado, *se deja constancia que cursa en el expediente* el Oficio de remisión de la Resolución N° 01-00-000334, suscrita por el ciudadano Contralor General de la República, por la cual resuelve inhabilitar para el ejercicio de cualquier cargo público al ciudadano Freddy Francisco Superlano Salinas, titular de la cédula de identidad N° V-12.555.398, lo cual será apreciado y valorado por este Órgano Jurisdiccional en la oportunidad de decidir el mérito del asunto.”

De estos hechos que se narran en la “declaración” de la Sala Electoral, referidos a la existencia de supuestas averiguaciones contra Freddy Superlano y de una decisión de la Contraloría General de la República de inhabilitarlo políticamente, en efecto, no hay forma alguna de poder deducir o derivar prueba alguna de que el Sr. Freddy Superlano hubiera violado o amenazado violar en alguna forma los derechos del Sr. Adolfo Ramón Superlano a participar y al sufragio. Tampoco que de esos mismos hechos pueda resultar temor fundado alguno de que Freddy Superlano le pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a dichos derechos a la participación y al sufragio de Adolfo Ramón Superlano.

Es decir, de la declaración de la sentencia no hay forma alguna de entender cómo los hechos narrados por la Sala en su decisión puedan pasar la evaluación de cualquier medida cautelar que en este caso sería la presunción grave de la violación o amenaza de violación por el Sr. Freddy Superlano del derecho del presunto agraviado Adolfo Ramón Superlano a la participación y al sufragio (*fumus boni iuris*) y la necesidad de preservación de inmediato de dichos derechos porque habría riesgo inminente que se le pudiera causar un daño irreparable al Sr. Adolfo Ramón Superlano (*periculum in mora*).

Sin embargo, con base en esa sola declaración de la Sala Electoral sobre dos hechos, primero, que habría averiguaciones e investigaciones en curso contra Freddy Superlano y, segundo, que éste estaría inhabilitado políticamente, la misma procedió, no a proteger algún derecho de Adolfo Ramón Superlano a la participación y al sufragio o a impedir que el Sr. Freddy Superlano se los pudiera violar durante el transcurso del juicio -de eso se trata una medida cautelar-, sino a decretar medidas cautelares dirigidas a otros asuntos ajenos a la acción de amparo intentada entre particulares (Adolfo Ramón Superlano contra Freddy Superlano), y específicamente, dirigidas contra diversas autoridades electorales y sus actuaciones, y en contra del ejercicio del derecho de voto por la totalidad de los electores en el Estado Barinas (que no eran “parte” en el proceso judicial). En efecto, la Sala procedió a declarar:

“*Procedente* la solicitud cautelar, en consecuencia, *ordena* al Consejo Nacional Electoral la inmediata suspensión de los procedimientos y/o procesos vinculados a la totalización, adjudicación y proclamación del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos al cargo de Gobernador o Gobernadora del Estado Barinas, en el proceso electoral celebrado el 21 de noviembre de 2021 en esa circunscripción electoral, hasta tanto se decida el fondo del asunto.”

Con esa medida cautelar, totalmente inconstitucional, la Sala Electoral lo que hizo fue cometer un acto de vandalismo constitucional violándole flagrantemente el derecho constitucional a la participación y al sufragio a *todos los ciudadanos con derecho a voto* en el Estado Barinas, al suspender la totalización, la adjudicación y la proclamación como resultado de las elecciones del 21 de noviembre de 2021 en dicho Estado, a la cual tenían derecho como electores; y lo hizo en un proceso de “amparo” en el cual solo había dos “partes,” el presunto agraviado Ramón Adolfo Superlano y un presunto agravante Freddy Superlano.

Este nuevo disparate judicial, por otra parte, lo confirma el propio texto de la nota del portal del Tribunal Supremo, al señalar que la “medida cautelar” dictada debía ser notificada solamente “al Consejo Nacional Electoral, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la República y al Presidente del Consejo Legislativo del Estado Barinas, a los fines legales conducentes,” ignorando incluso que en el “proceso de amparo” que había admitido e iniciado había un solo accionado en amparo señalado como presunto agravante, el Sr. Freddy Superlano a quien sin embargo no se ordenó notificar la medida cautelar.

En realidad, la actuación de la Sala lo que pone en evidencia es que, contra toda lógica del proceso de amparo, la medida cautelar no estaba destinada a proteger los derechos a la participación y al sufragio del accionante supuesto agravado, Adolfo Ramón Superlano por supuestas violaciones o amenazas de violación por parte del presunto agravante, Freddy Superlano. El objetivo era otro, era vandalizar la elección en el Estado Barinas para impedir que se proclamara como Gobernador a quien no había sido candidato del Gobierno.

VI

Por ello, allí no terminaron los disparates judiciales, y el mismo día 29 de septiembre de 2021, para seguir con el vandalismo constitucional y quitarle su derecho a participar y a elegir a toda la población electoral del Estado Barinas, con una rapidez inusitada, la Sala Electoral procedió a dictar *sentencia definitiva* (N° 79) en el juicio de amparo que había iniciado; identificando en la sentencia a las mismas partes según la información que recoge el portal del Tribunal Supremo, pero esta vez sin identificar al demandante Adolfo Ramón Superlano como actuando supuestamente en “el carácter de “...candidato a la gobernación del estado Barinas por el Partido Min unidad y otros,” como había ocurrido en la sentencia N° 78.

Mediante esta sentencia N° 79 se declaró *con lugar el amparo* solicitado por el presunto agravado Adolfo Ramón Superlano contra el supuesto agravante, Freddy Superlano, alegándose en la sentencia para “justificar” la rapidez del fallo definitivo -dictado en cuestión de horas-, que ello se hacía previa declaración de la resolución de la acción de amparo constitucional como “de mero derecho” supuestamente “de conformidad con el criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional en la sentencia N° 993 de fecha 16 de julio de 2013.”

Este es otro disparate judicial que demuestra una ignorancia supina de lo que es un amparo constitucional, cuyo objeto siempre es la violación de un derecho constitucional, que se comete mediante hechos (incluyendo actos jurídicos), por la persona demandada o presunto agravante contra el demandante o presunto agravado. Incluso, el mismo accionante Adolfo Ramón Superlano expresamente fundamentó su acción de amparo “*con base en los hechos públicos y notorios* relacionados con el clima de tensión entre las militancias políticas que hacen vida en el Estado Barinas, así como a la remisión por la Junta Electoral Regional de las actas de totalización a la Junta Nacional Electoral del Consejo Nacional Electoral,” y en el hecho de que el Sr. Freddy Superlano estaba sometido a investigaciones y había sido inhabilitado políticamente por la Contraloría. Esos fueron los hechos alegados.

De manera que siendo así, resolver un amparo personal de un presunto agravado contra un presunto agravante declarándolo como de *mero derecho*, es decir, como si se tratara de un caso en el cual no había que considerar hechos como los que fueron alegados y motivaron la medida cautelar, sino que solo se estaría discutiendo una *cuestión netamente jurídica*, es una demostración de una ignorancia supina sobre la institución del amparo.

Por lo que respecta a la sentencia de la Sala Constitucional (N° 933 de 16 de julio de 2013) citada en la decisión N° 79 de la Sala Electoral como fundamento para declarar un amparo como de “mero derecho,” lo que dijo dicha Sala Constitucional en definitiva fue que

“el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, *cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio* ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional.”

Por ello, la Sala Constitucional señaló en ese fallo, que cuando “*existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional* que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida,” entonces el juez debe proceder a acordar sin demorar “*la restitución de los derechos constitucionales infringidos.*” Por ello, agregó la Sala Constitucional, que:

“cuando el mandamiento de amparo se fundamente en un medio de prueba fehaciente constitutivo de presunción grave de la violación constitucional, debe repararse inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria.”¹⁰

En el caso decidido por la Sala Electoral por supuesto no estaba en discusión ninguna “*cuestión netamente jurídica*,” que fundamentara algún alegato de supuesta violación del derecho a la participación y al sufragio del Sr. Adolfo Ramón Superlano por parte del Sr. Freddy Superlano.

Sobre una supuesta violación o amenaza de violación de un derecho constitucional de un particular por parte de otro particular, nada se argumentó, y lo único que conoció la Sala fue una narrativa relativa exclusivamente unos “hechos públicos y notorios relacionados con el clima de tensión entre las militancias políticas” en el Estado Barinas, y a otros dos hechos específicos (sin argumentación jurídica alguna) que fueron, primero, que el presunto agravante Freddy Superlano estaba sometido a investigaciones y, segundo, que supuestamente estaba inhabilitado políticamente, sin decirse ni argumentarse cómo esos hechos habrían significado violación o amenaza de violación por parte de ese presunto agravante Freddy Superlano contra los derechos del presunto agraviado Adolfo Ramón Superlano, ni tampoco cuál había sido la supuesta *situación jurídica infringida* ni cómo podía repararse de inmediato para restablecerle al presunto agraviado el derecho que le habría sido violado por el presunto agravante.

La declaración del proceso como de mero derecho, por tanto, no fue sino otro disparate jurídico, para justificar el vandalismo constitucional cometido y arrebatarle el derecho a la participación política y al sufragio a todos los ciudadanos con derecho a voto en el Estado Barinas.

VII

Pero luego del disparate de considerar un caso como de “mero derecho” cuando en el mismo lo que se plantearon fueron hechos, la Sala Electoral, lejos de resolver la litis como de tal “mero derecho,” es decir, basándose supuestamente en una cuestión netamente jurídica, aplicando solo la ley y sin referencia alguna a los hechos, procedió a cometer otro disparate que fue “declarar con lugar” una acción de amparo intentada por Adolfo Ramón Superlano, como parte demandante presunto agraviado que solo podía decretarse contra el único sujeto posible e identificado como parte demandada, presunto agravante que era Freddy Superlano. Ello, sin embargo, no fue así, y la misma en definitiva se dictó contra las autoridades electorales, que no habían sido “parte” en el “proceso de amparo.”

La decisión además se adoptó en un amparo intentado por Adolfo ramón Superlano contra Freddy Superlano, sin citar ni oír a la parte señalada como agravante para que informara sobre los referidos hechos aducidos en la acción intentada en su contra por la presunta violación de derechos personales que eran exclusivamente los del agraviado demandante. Y esto lo hizo la Sala Electoral, exclusivamente:

“con fundamento en la Resolución N° 01-00-000334, de fecha 17 de agosto de 2021, dictada por la Contraloría General de la República, mediante la cual resolvió *inhabilitar* para el ejercicio de cualquier cargo público al ciudadano Freddy Francisco Superlano Salinas, titular de la cédula de identidad N° V-12.555.398, candidato por la organización con fines políticos Mesa de la Unidad Democrática, al cargo de Gobernador o Gobernadora del estado Barinas, en el proceso electoral celebrado el 21 de noviembre de 2021.”

Es decir, para declarar con lugar el amparo intentado por Adolfo Ramón Superlano contra Freddy Superlano porque éste supuestamente le había violado sus derechos a la participación y al sufragio (lo que hubiera podido haber ocurrido por ejemplo si el Sr. Freddy Superlano le hubiera impedido por cualquier vía al Sr. Adolfo Ramón Superlano acudir a votar, o ser candidato o el participar en la vida política del Estado), la Sala Electoral lo hizo única y exclusivamente con base en un oficio que según el portal del Tribunal Supremo ni siquiera estaba publicado en *Gaceta Oficial*, y que estaba supuestamente firmado por el Contralor General de la República pero cuyo contenido en realidad a quien afectaba era al supuesto agravante Freddy Superlano en su derecho constitucional al sufragio pasivo, y no algún derecho del supuesto agraviado Adolfo Ramón Superlano.

No se entiende cómo una persona supuesta agraviada, que acusa a otra supuesta agravante, de violarle su derecho a la participación y al sufragio lo que aporta como prueba de la supuesta violación ante el Tribunal es un documento que lo que evidencia es una presunta violación no de su derecho como agraviado,

¹⁰ Véase la cita en <https://vlexvenezuela.com/vid/rodolfo-anibal-briceno-gonzalez-653860993>.

sino del derecho del supuesto agravante; y que con ello el tribunal proceda irresponsablemente a lesionar con su decisión a todo el electorado del Estado Barinas. Mayor ignorancia y disparate judicial, a lo que se suma la violación al debido proceso y a la defensa, no es posible concebir.

VIII

Pero no cesaron con ello los disparates judiciales de la Sala Electoral, sino que además, en un proceso judicial desarrollado solo *entre dos “partes” que fueron precisamente identificadas*: un demandante como presunto agraviado que era el Sr. Adolfo Ramón Superlano y un demandado como presunto agravante de los derechos del primero, que era el Sr. Freddy Superlano, terminó decidiendo un “amparo,” contra el Consejo Nacional Electoral, que no era “parte” del proceso, cuyos representantes no intervinieron en el mismo ni fueron citados ni oídos; y tal como si se hubiese tratado de un proceso contencioso electoral contra actos de autoridades electorales -que no lo era- en la sentencia se ordenó:

“Dejar sin efecto todos los procedimientos y actos celebrados conforme al Cronograma Electoral, en el proceso realizado en el Estado Barinas, en lo que respecta a la elección del cargo de Gobernador o Gobernadora del estado, en fecha 21 de noviembre de 2021, a partir de la presentación de las postulaciones, inclusive, para garantizar los derechos colectivos de los ciudadanos y ciudadanas de la entidad territorial.”

“Dejar sin efecto todos los procedimientos y actos electorales [...] a partir de la presentación de las postulaciones, inclusive,” realizados con ocasión de las elecciones de Gobernador en el Estado Barinas, no es otra cosa -sin decirlo expresamente- que considerarlos inexistentes, sin ningún valor ni efectos, como si se tratase de una sentencia que hubiese sido dictada en un juicio contencioso electoral de nulidad, anulando determinados procedimientos y actos electorales.

Esto, además de demostrar ignorancia, es otro disparate judicial pues es bien sabido que la acción autónoma de amparo no puede tener efectos anulatorios, salvo en el amparo contra decisiones judiciales; y además, constituye una inconstitucionalidad extrema condenar a una entidad pública y anularle sus decisiones sin haberla citado, sin haberla oído sin haber garantizado su derecho a la defensa, a alegar judicialmente y a probar lo necesario, todo en contra de lo previsto en el artículo 49 de la Constitución.

Como lo recordó Fredy Gutiérrez, en el caso decidido por la Sala Electoral, simplemente:

“No se citó a nadie, no se oyó ningún alegato, no hubo controversia. Sin piedad, ya para este momento, en acción agavillada, arrollaron las normas que informan el Debido Proceso, dispuestas en nuestra Constitución Nacional y en tratados internacionales libremente suscritos por la República.”¹¹

Por otra parte, la decisión de amparo, en esencia, cuando se trata de violaciones a derechos constitucionales es de carácter restitutorio, es decir, tiene por objeto restituirle al presunto agraviado la situación jurídica infringida, es decir, el derecho que le habría sido violado. En este caso, el presunto agraviado Sr. Adolfo Ramón Superlano alegó violación de su derecho a la participación y al sufragio por parte del Sr. Freddy Superlano, por lo que de haber sido probada alguna lesión a los mismos, la sentencia de este juicio no podía sino restituirle al Sr. Adolfo Ramón Superlano su derecho a participar y al sufragio (votar y ser electo) si es que había sido violado; siendo incomprensible que para ello (si era el caso), hubiera que violarle a todos los electores del Estado Barinas su derecho a elegir el Gobernador de la entidad.

IX

Al anterior disparate judicial que resulta de la condena que se hace a una entidad pública como es el Consejo Nacional Electoral, en un proceso de amparo entre dos ciudadanos, al “dejar sin efecto” todos los procedimientos y actos jurídicos que había realizado en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en relación con el proceso para la elección del Gobernador del Estado Barinas, se sumó otro disparate judicial más, que fue la orden que la Sala Electoral también le dirigió al Consejo Nacional Electoral, ente que, se insiste, no fue parte del proceso judicial, ni parte agravante, para realizar determinados actos jurídicos que son de su exclusiva competencia conforme a la Constitución y a las leyes, como son los de convocar elecciones, configurándose esta orden, por ello, además, como una usurpación de autoridad que el artículo 138 de la Constitución declara como ineficaz siendo dicha sentencia un acto nulo.

La “orden” dirigida al Consejo Nacional Electoral, en efecto, que se configura como una usurpación de autoridad, fue la siguiente:

¹¹ Véase Freddy Gutiérrez Trejo, -Barinas-, en Tal Cual, 4 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://talcualdigital.com/barinas-por-freddy-gutierrez-trejo/>

“*Se ordena* la realización de un nuevo proceso electoral en el Estado Barinas para la elección del cargo de Gobernador o Gobernadora, a los fines de garantizar el derecho a la participación activa y pasiva de quienes acudieron al evento electoral para elegir a la Gobernadora o Gobernador del Estado Barinas.”

Hay que destacar que esta orden nada tiene que ver con lo demandado que fue la protección del derecho constitucional a la participación política y al sufragio del Sr. Adolfo Ramón Superlano, procediendo la Sala Electoral a convertir, como por acto de magia, una “acción de amparo” personalísima como la intentada por un ciudadano contra otro ciudadano (que son las dos únicas “partes” en el “proceso”), en una acción de amparo aparentemente de protección de derechos e intereses colectivos o difusos. Ello parece deducirse de una frase en el texto publicado en el portal oficial del Tribunal Supremo, en el cual la Sala Electoral:

“considera que la condición de inelegibilidad del candidato Freddy Superlano, ya identificado, conforme a la Resolución N° 01-00-000334 de fecha 17 de agosto de 2021 dictada por la Contraloría General de la República, violenta los principios de igualdad, equidad y transparencia en la participación de los candidatos y las candidatas en la oferta electoral, así como de los electores y electoras en el ejercicio del sufragio activo.”

Para el caso de que tal condición de inelegibilidad del Sr. Freddy Superlano hubiese sido legal y judicialmente comprobada -que no lo estuvo pues no hubo proceso, ni litis, ni discusión ni alegatos y además, como se indicó, era desconocida por el propio Consejo Nacional Electoral al decir de uno de sus Rectores-, en un juicio de amparo iniciado por Adolfo Ramón Superlano contra Freddy Superlano, lo menos que se hubiera necesitado era que Adolfo Ramón Superlano hubiese por ejemplo alegado y probado que había efectivamente votado por Freddy Superlano, y que consideraba entonces que su derecho a elegir había sido lesionado pues había votado por un candidato supuestamente inelegible, por haber sido inhabilitado. Pero ello, por supuesto sería entrar más profundamente en el mundo de lo incomprensible y del absurdo.

X

Por si no fueran pocos los disparates judiciales producto de un vandalismo constitucional inusitado y de un fraude electoral sin nombre, la Sala Electoral concluyó su sentencia con otra usurpación de autoridad, en este caso aún más palmaria, al proceder a “ordenarle” al Consejo Nacional Electoral a ejercer una competencia que es exclusiva del mismo, en forma autónoma, conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica de Procesos Electorales, como es la de convocar procesos electorales y fijarles fecha.

La Sala, en efecto, concluyó su sentencia N° 79 decidiendo que:

“*Se ordena* al Consejo Nacional Electoral, CONVOCAR para el día 09 de enero de 2022, las elecciones de Gobernador o Gobernadora del Estado Barinas, garantizando condiciones de igualdad en la participación de los sujetos con derecho al sufragio en la entidad federal, en concordancia con lo ordenado en el numeral 3 del presente fallo.”

Esa decisión, en los mismos términos del mencionado artículo 138 de la Constitución, se configura como una usurpación de autoridad, debiendo considerarse nula.

XI

Finalmente, a la Sala Electoral se le olvidó, al decidir *in limine* la acción de amparo constitucional, que se trataba de una que había sido intentada por el Sr. Adolfo Ramón Superlano contra Freddy Superlano supuestamente requiriendo la protección de su derecho a la participación y al sufragio, y terminó su sentencia ordenando que la misma solo se notificara “al Consejo Nacional Electoral, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la República y al Presidente del Consejo Legislativo del Estado Barinas, a los fines legales conducentes,” sin indicar que la misma debía primeramente notificarse al supuestamente “condenado” en la sentencia de amparo que no podía ser otro que el Sr. Freddy Superlano. Una muestra más de ignorancia y disparate judicial.

El texto de estas dos sentencias N° 78 y 79 del 29 de noviembre de 2021 de la Sala Electoral dictadas al decidir una acción de amparo intentada por un ciudadano contra otro, de carácter personalísima, tiene tal cúmulo de errores y disparates judiciales, que parece el resultado de una clase de “práctica jurídica” desarrollada en alguna Facultad de Derecho en la cual se les hubiera pedido a los alumnos elaborar dos proyectos de sentencias con el mayor cúmulo de errores y disparates posibles.

Lo grave es que, en este caso, fueron escritas en tiempo real, por magistrados del Tribunal Supremo de Justicia controlados por el Poder Ejecutivo, como ha sucedido desde 1999,¹² deliberadamente para vandalizar constitucionalmente la elección de un Gobernador de Estado, que no fue respaldado por el Gobierno y su partido, y evitar a toda costa que pudiera tomar posesión de su cargo.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/11/Brewer-Carías.-Demolicion-del-Poder-Judicial-1999-2021.-portada.pdf>

92. SOBRE LOS ONCE (11) VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE DECLARARON LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA*

(Comentarios a las sentencias No. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022)

Revista de Derecho Público, N° 169-170, enero-junio 2022,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 335-354

Resumen: *Este artículo analiza los vicios de inconstitucionalidad de las dos sentencias que declararon la “constitucionalidad” de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, violatorias de al menos once normas expresas de la Constitución.*

Palabras Clave: *Tribunal Supremo; Magistrados; Separación de Poderes*

Abstract: *This article analyzes the defects of unconstitutionality of the two sentences that declared the “constitutionality” of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, violating at least eleven express provisions of the Constitution.*

Key words: *Supreme Tribunal of Justice; Justices; Separation of powers.*

A finales de 2021 se anunció en la prensa que en el seno del Tribunal Supremo de Justicia se había elaborado un Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del mismo y que el Presidente del Tribunal había sido sometido a la consideración de la Asamblea Nacional, donde se pasó de inmediato a discutirlo, teniendo por objeto la reforma, según lo anunció el Presidente de la Asamblea Nacional permitir “la reducción de los 32 magistrados.”¹

La Ley de reforma fue discutida en la Asamblea Nacional en dos sesiones realizadas entre diciembre y enero, habiendo sido sancionada muy rápidamente, de manera que el 19 de enero de 2022 ya estaba publicada en la *Gaceta Oficial*,² con un ámbito de reforma que abarcó, además de la reducción del número de Magistrados que habría sido la motivación central del Proyecto, otros aspectos importantes.

En resumen, la Ley Orgánica publicada reformó las siguientes normas:

1. El Artículo 8, a los efectos de reducir el número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de 32 a 20, integrando con 3 magistrados a cada una de las Salas de Casación Penal, de Casación Civil, de Casación Social y Electoral y Político Administrativa; y con 5 Magistrados a la Sala Constitucional.

* Texto de base para la exposición sobre el tema: ¿Cómo entender las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia cuando declaran constitucional las reformas de la Ley que ahora rigen al Tribunal Supremo?,- en el *Coloquio sobre la Ley Orgánica de Reforma de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, vía zoom, 26 de abril de 2022. Disponible en: https://youtu.be/pppBF_6HsKw

¹ Véase por ejemplo lo informado el 22 de diciembre en *Últimas Noticias*: -El próximo jueves 30 de diciembre, la Asamblea Nacional, (AN), sesionará de manera especial para debatir la reforma de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). La información la dio a conocer el presidente de la Asamblea Nacional, Jorge Rodríguez, quien aseguró que el debate se dará a solicitud del presidente del TSJ, Maikel Moreno. La propuesta en concreto se debe a reformar la Ley para que permita la reducción de los 32 magistrados, que conforman el poder moral y se realizará a través de la Comisión de Diálogo, paz y reconciliación.- ... «Al reformarse la ley se arranca el proceso de escogencia de magistrados principales y suplentes», dijo. Detalló que la reforma presentada por el presidente del Máximo Tribunal, Maikel Moreno, se refiere específicamente al artículo 8 de la citada ley.- Véase la noticia: Asamblea Nacional discutirá proyecto de reforma de Ley Orgánica del TSJ,- *Últimas Noticias*, 22 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/asamblea-nacional-discutira-proyecto-de-reforma-de-ley-organica-del-tsj/>

² Véase *Gaceta Oficial* N° 6.684 Extra. de 19 de enero de 2022.

2. El Artículo 25, a los efectos de prohibir a la Sala Constitucional que reforme leyes en el ejercicio de sus competencias en materia de justicia constitucional, imponiéndole la necesidad de informar a la Asamblea Nacional, para que de ser necesario haga las modificaciones o reformas a que hubiere lugar.

3. Artículo 36.7, a los efectos de precisar la base constitucional para la designación de los jueces por el Tribunal Supremo.

4. Artículo 38, a los efectos de simplificar la redacción sobre las sesiones para la elección de los Magistrados por la Asamblea Nacional.

5. Artículo 45, a los efectos de simplificar la redacción sobre las sesiones para la elección de los Suplentes de los Magistrados por la Asamblea Nacional.

6. Artículo 64, para atribuir al Comité de Postulaciones Judiciales además de la función de seleccionar los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la de seleccionar los candidatos a Inspector General de Tribunales, y a Director de la Escuela Nacional de la Magistratura.

7. Artículo 65, para establecer que el Comité de Postulaciones Judiciales estará integrado por 21 miembros designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, de los cuales 11 son Diputados y solo 10 serán postulados por los otros sectores de la sociedad.

8. Artículo 69, a los efectos de asegurar que el Comité de Postulaciones Judiciales pueda sesionar con la mayoría absoluta de sus miembros, es decir, los 11 diputados que lo integran, y tomar sus decisiones con el voto favorable de la mayoría de los presentes.

9. Artículo 81, a efectos de atribuir el nombramiento del Inspector General de Tribunales a la Asamblea Nacional.

10. Artículo 83, para atribuir el nombramiento del Director de la Escuela Nacional de la Magistratura a la Asamblea Nacional; y

11. Artículo, 126 para regular la Gaceta Judicial de la República con el propósito de priorizar su formato electrónico

La reforma, como lo apreció la organización *Acceso a la Justicia*,

“dejó en claro que eran falsas las ofertas de una «reinstitutionalización a fondo» del sistema judicial, pues desechó los tibios cambios para mejorar la independencia del máximo juzgado y optó por retener el control político que ejerce desde hace dos décadas para la designación de los magistrados.”³

Y como también lo explicó la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en su Pronunciamiento de 28 de enero de 2022, en lugar de afianzar la separación de poderes y la independencia judicial la reforma:

“profundiza la dependencia política del nombramiento de los magistrados(as) de dicho Tribunal y de otras instancias del sistema de justicia en Venezuela, y por ende, con efectos sobre el funcionamiento del todos los órganos de la justicia. En virtud de ello, se concluye que con esta Ley se refuerza la ausencia de independencia de la justicia en Venezuela, por ser abiertamente contraria a los estándares del debido proceso, nombramiento y estabilidad de los jueces, contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el Estatuto de Roma, así como en la jurisprudencia de los tribunales y demás órganos internacionales, en especial de la Corte Penal Internacional y los órganos y organismos de las Naciones Unidas.”⁴

El texto de la reforma de la ley fue objeto de dos impugnaciones ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante el ejercicio de sendas acciones populares de inconstitucionalidad, las cuales fueron *declaradas sin lugar* en breve tiempo, *in limine litis*, luego de considerar la Sala que lo planteado constituía asuntos de mero derecho. Así lo decidió mediante las sentencia No. 81 de 15 de marzo de 2022 (Impugnante José González Puerta)⁵ y No. 83 de 21 de marzo de 2022 (Impugnante Pedro Rafael Rondón

³ Véase Acceso a la justicia. El Observatorio venezolano de la justicia, -Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela-, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>

⁴ Academia d Ciencias Políticas y Sociales. Pronunciamiento sobre la reforma de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 28 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supre-mo-de-justicia/>

⁵ Sentencia No. 81 15 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316186-0081-15322-2022-22-0187.HTML>

Haaz),⁶ mediante las cuales básicamente, avaló los vicios de inconstitucionalidad en los que incurrió la Asamblea Nacional al aprobar la reforma, incurriendo al mismo tiempo en violaciones constitucionales, procediendo entre otras, a reformar la Ley en la parte que le prohibió reformar leyes, y a mutar ilegítimamente de la Constitución para avalar la usurpación por parte del Legislador de sus propias competencias constitucionales; así como cambiar el quórum para la elección de sus propios magistrados, y permitir que puedan permanecer en el ejercicio de sus cargos por más de un único período de 12 años como lo exige la Constitución.

Dichas sentencias de la Sala Constitucional tienen así el récord, en los anales de las actuaciones del Juez Constitucional en Venezuela, de haber violado, al dictarlas, de un solo golpe, once (11) normas de la Constitución.

I. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 336.1 Y 62 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA SALA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La primera inconstitucionalidad en la cual incurrió la Sala en sus sentencias fue la violación de los artículos 336.1 y 62 de la Constitución, al declarar *urbi et orbi* a la ley impugnada como “constitucional”, para lo cual carece en absoluto de competencia, desconociendo los más elementales principios que rigen el control de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 336.1 de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, competencia para:

“1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.”

En consecuencia, al conocer de la impugnación por inconstitucionalidad de las leyes con motivo del ejercicio de una acción popular, a la Sala Constitucional lo que le corresponde es declarar *con lugar* la acción, si considera que son procedentes los vicios alegados y en consecuencia anular la ley o la norma impugnada; o si estima que no proceden los vicios alegados, declarar *sin lugar* la acción, y nada más.

La Sala no tiene competencia alguna para declarar “la constitucionalidad” de la totalidad de la ley, primero, porque cuando se impugnan unos artículos de la misma, su decisión solo se refiere a esas normas y no abarca otras; y segundo, porque no sólo los mismos artículos impugnados, sino otros artículos no impugnados, pueden tener vicios de inconstitucionalidad y ser objeto de ulteriores acciones de nulidad. Declarar en general la “constitucionalidad” de la Ley no es otra cosa que arrebatárselos a los ciudadanos la posibilidad de ejercer su derecho a la participación ciudadana mediante el ejercicio de acciones populares, para controlar la inconstitucionalidad de las leyes.

Por tanto, la Sala Constitucional en estas sentencias, al desestimar las acciones populares presentadas por dos ciudadanos, extralimitándose en sus poderes declaró “la constitucionalidad” de la ley impugnada, violando así el artículo 336.1 de la Constitución, y además, violando el derecho a la participación ciudadana de todos los ciudadanos que garantizado en el artículo 62 de la Constitución, al pretender impedirle a los ciudadanos, en el futuro, poder ejercer su derecho a impugnar artículos de la Ley que se estimen inconstitucionales.

II. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 204.4 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al entrar a discutir un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que no fue aprobado por la sala Plena del Tribunal, en violación del artículo 204.4 de la Constitución que le atribuye al Tribunal, y no al Presidente del Tribunal, la iniciativa de las leyes “cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.”

En el caso del proyecto de Ley de reforma de la ley Orgánica del Tribunal, el mismo no fue considerado por la sala Plena del mismo, no fue aprobado por los magistrados, y solo fue un proyecto presentado a la Asamblea por el Presidente del Tribunal, usurpando las competencias constitucionales del mismo, y lesionando y derecho a la participación de los demás magistrados de Tribunal.

⁶ Sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022. Disponible en: [Chttp://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316305-0083-21322-2022-22-0209.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316305-0083-21322-2022-22-0209.HTML)

III. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 211 Y 70 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA MEDIANTE LA CONSULTA POPULAR DE LAS LEYES

Las mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad al avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al sancionar el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sin realizar el proceso de consulta pública que exige el artículo 211 de la Constitución, conforme al derecho a la participación ciudadana garantizado en el artículo 70 de la misma Constitución.

Estas normas, en efecto, disponen que la Asamblea Nacional o sus Comisiones Permanentes, “durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes,” deben consultar “a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos,” lo que se realiza mediante consulta pública.

En el caso del proyecto de Ley de reforma de la ley Orgánica del Tribunal, durante su discusión legislativa, el mismo no fue sometido a consulta pública en forma alguna, por lo que fue sancionado sin que se hubiese consultado a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre el mismo, en violación de las citadas normas constitucionales de los artículos 70 y 211.

IV. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 49.1 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

Las sentencias de la Sala Constitucional, al haber declarado in límite los juicios como de *mero derecho*, violaron la garantía constitucional del debido proceso que establece y regula el artículo 49 de la Constitución, y que también rige en los procesos constitucionales que son igualmente, en los términos del artículo 257 de la Constitución, instrumentos fundamentales para la realización de la justicia, implicando que en los mismos hay obligación de asegurar un contradictorio. Al declararse los juicios como de mero derecho, la sala les cercenó a los ciudadanos interesados su derecho a poder haberse hecho parte en los juicios de nulidad y poder alegar sobre las denuncias de inconstitucionalidad que formularon los accionantes.

V. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 187.1 DE LA CONSTITUCIÓN INCURRIENDO EN USURPACIÓN DE AUTORIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 138 DE LA CONSTITUCIÓN

Las antes mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, en relación con la prohibición que se estableció en el artículo 25 de la ley la Ley de reforma de que la Sala, en sus sentencias, pudiera reformar las leyes, violó el artículo 187.1 precisamente por haber reformado dicha norma en las sentencias, usurpando la función de la Asamblea nacional e incurriendo en usurpación de autoridad conforme al artículo 138 de la Constitución.

En efecto, la reforma de la Ley Orgánica introdujo un confuso Parágrafo Único al artículo 25 de la misma que se destina a enumerar las competencias de la Sala Constitucional en materia de justicia constitucional, disponiendo lo siguiente:

“La facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes. En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

La norma contiene dos dispositivos: por una parte, uno de carácter prohibitorio para la Sala Constitucional; y por la otra, uno de carácter prescriptivo para la propia Sala Constitucional de cómo proceder en sus interpretaciones de leyes.

Para tratar de entender el sentido de la reforma, esa “facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia” a la que alude el nuevo párrafo, no es otra sino la desplegada por la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional, en particular para:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.

Es en relación con estas competencias propias de la justicia constitucional que la nueva norma dispone que su ejercicio por la Sala Constitucional, “no abarca la modificación del contenido de las leyes.” Es decir, la Sala Constitucional puede anular los actos estatales impugnados, puede declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador, puede resolver colisiones entre leyes, puede resolver conflictos constitucionales entre órganos del Poder Público y puede interpretar las normas y principios constitucionales, pero al hacerlo no puede “*modificar el contenido de las leyes*.”

Por supuesto, lo que primero impone la norma es determinar qué es lo que el legislador quiso decir con la expresión “*modificar el contenido de una ley*,” y que no puede tener otro sentido que el que deriva del significado propio de las palabras utilizadas en la frase. “*Modificar*” según el Diccionario de la RAE es “*transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características*,” “*transformar*” por otra parte es “*hacer cambiar de forma a alguien o algo*” o “*transmutar algo en otra cosa*”; y “*contenido*” según el mismo Diccionario de la RAE es “*cosa que se contiene dentro de otra*.”

El “*contenido*” de una ley es el conjunto de normas que la integran (articulado), y ellas son las que de acuerdo con la expresión del Legislador no pueden ser transformadas, cambiadas o transmutadas, mudando alguna de sus características.

En definitiva, la primera frase del Parágrafo agregado al artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando dispone que “la facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes” no significa otra cosa sino una prohibición que el Legislador le está imponiendo al Juez Constitucional, a los efectos de que al dictar sentencias constitucionales no pueda modificar las normas de una ley, lo que no tiene otro significado en el léxico jurídico que decir que el Juez Constitucional no puede “reformular los artículos de las leyes.”

Eso significa, en definitiva, que en el ejercicio de sus competencias constitucionales el Juez Constitucional no puede “modificar el contenido de las leyes,” es decir, no puede disponer “la reforma de los artículos de las leyes.”

Con ello, sin duda, la Asamblea nacional en la reforma tuvo la intención de poner un límite a ejercicio de la denominada “jurisdicción normativa” desarrollada durante los últimos veinte años en Venezuela por el Juez Constitucional, asumiendo la función de “Legislador positivo,” disponiendo, en múltiples sentencias, la reforma de textos legales.⁷

La Sala Constitucional, como Juez Constitucional, es evidente que tiene por labor la de interpretar la Constitución, pero “no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas,

⁷ Este aspecto de la reforma fue considerado como un aspecto -positivo- de la misma por la ONG Acceso a la Justicia, comentando que: -Durante los últimos tres lustros la Sala se ha aprovechado de las amplias potestades que le confiere la Constitución, en su rol de intérprete y garante de esta, y ha usurpado en no pocas ocasiones las competencias del Legislativo. Una de las más recientes ha ocurrido hace solo unas semanas, cuando modificó el régimen de capitulaciones matrimoniales previsto en el Código Civil.- Debe advertirse, en todo caso, que la norma incluida en la Ley solo esta destinada a restringir las potestades de la Sala Constitucional, y no las de las otras Salas.- Véase Acceso a la justicia. El Observatorio venezolano de la justicia, -Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela-, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>

estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.”⁸ A pesar de ello, es conocido que la Sala Constitucional en los últimos veinte años ha desarrollado la denominada “jurisdicción normativa” que hemos analizado detenidamente no sólo en el país⁹ sino desde el punto de vista del derecho comparado,¹⁰ con la conclusión de que la misma sólo puede admitirse en materia de derechos humanos en aplicación de los principios constitucionales de progresividad y *pro homines* en materia de protección de los mismos (en aplicación del artículo 19 de la Constitución).

En todo caso, hemos destacado el abuso de su utilización por el Juez Constitucional, que sin duda fue lo que motivó la reforma con el agregado del Parágrafo contentivo de la prohibición a que hemos hecho referencia.

El nuevo Parágrafo incorporado en la Ley de reforma, por otra parte, contiene además otra confusa previsión, al disponer que:

“En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

De nuevo para entender esta previsión hay que apelar al significado propio de las palabras, y es que si la Sala Constitucional en su sentencia llega a la conclusión de que la interpretación que ha adoptado en ella “da lugar a una modificación legislativa,” es decir, a la reforma de la ley, no puede proceder a efectuar esa reforma, sino que su sentencia se debe limitar a referirlo a la Asamblea Nacional, para que sea ésta, “en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

Ese y no otro es el sentido de lo expresado en la norma. Simplemente, si la interpretación judicial que realiza la Sala la lleva a la conclusión de que hay que modificar la ley, no puede hacerlo en su sentencia, sino que debe remitirlo a la Asamblea nacional para que esta en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar.

Se puede estar o no de acuerdo con lo establecido en la reforma de la ley, pero lo que no se puede es negar que lo anteriormente comentado es lo que la reforma ha establecido.

En relación con la prohibición legal que se estableció en forma expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de enero de 2022, y que le impide a la Sala Constitucional reformar las leyes, el ex-magistrado de la misma Pedro Rondón Haz, observó es su libelo impugnatorio de la Ley Orgánica, que la reforma de la ley (“restricción a la competencia de juzgamiento de la Sala Constitucional”:

“significa, en términos de resultados, la desaparición de la llamada jurisdicción normativa y, *sin la asunción de su defensa*, se trata de [una] figura existente en Venezuela, con virtudes y defectos, desde hace más de dos décadas y sobre la cual se ha discurrecido abundantemente.”

Por otra parte, en relación con la segunda parte del Parágrafo el impugnante argumentó lo siguiente:

“La norma reformante dispone que en caso de que la Sala Constitucional incurra en la ‘modificación’ legal, deberá referir el fallo para que la Asamblea Nacional en ‘uso’ de sus facultades constitucionales realice las reformas a que hubiere lugar, lo que simula, pero materializa, una conculcación de la competencia exegética que atribuye el artículo 25, numeral 17, de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Pero más aún: la disposición del parágrafo in comento del artículo 25 del citado instrumento legal plantea serias dudas e interrogantes, por saber: ¿qué ocurrirá si la Asamblea Nacional no modifica la ley supuestamente modificada? ¿La sentencia respectiva conservará su valor y eficacia? ¿Habrá que esperar si la Asamblea Nacional acomete o no la reforma? ¿Está la Asamblea Nacional de la República obligada a legislar?”

⁸ Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Tomo II.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Prólogo sobre -Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa-, al libro de Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 96, Caracas 2011, pp. 9-70.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, 932 pp

No alegó más nada el impugnante para fundamentar su acción popular contra la “restricción” respecto de la llamada “jurisdicción normativa,” ante lo cual, aún frente a lo obvio que es la prohibición que le fue establecida al Juez Constitucional para reformar las leyes, la Sala Constitucional, es decir, el mismo Juez Constitucional, al decidir lo que dijo fue que el Parágrafo agregado en la reforma de la ley *no dice lo que dice su texto*, con lo cual, en la propia sentencia de un juicio de nulidad contra la propia Ley que establece la prohibición, la Sala Constitucional procedió violar la prohibición y a reformar la propia Ley y con ello el artículo 187.1 de la Constitución. Es decir, con la Ley que le prohíbe reformar leyes, la sala hizo precisamente lo que se le prohibía, es decir, reformarla.

En efecto, sobre lo expresado por el exmagistrado Rondón Haz, la Sala Constitucional en su sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022,¹¹ indicó simplemente sin argumentación ni motivación alguna que entiende que la norma del Parágrafo agregado en la reforma de la ley:

“no colide con las competencias que el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorgó a este órgano de administración de justicia, ni suspende la llamada jurisprudencia normativa.”

En definitiva, para la Sala Constitucional, cuando la Ley prescribe que el ejercicio de las competencias de la Sala “no abarca la modificación del contenido de las leyes,” es decir, que no puede reformar leyes, establece todo lo contrario: que puede seguir reformando leyes en ejercicio de la “jurisdicción normativa.”

VI. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 267 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL PODER JUDICIAL AVALANDO LA USURPACIÓN DE AUTORIDAD EN LA CUAL INCURRIÓ LA ASAMBLEA NACIONAL

Las sentencias de la Sala Constitucional, al haber declarado sin lugar las acciones populares de inconstitucionalidad intentadas contra la Ley, avaló la usurpación de autoridad en la cual incurrió la Asamblea Nacional a asumir funciones de gobierno y administración del Poder Judicial en violación del artículo 267 de la Constitución. Es decir, la sala Constitucional realizó una mutación ilegítima de la Constitución al avalar la violación al principio de la separación de poderes cometida por la Asamblea nacional, al quitarle al propio Tribunal Supremo, y usurpar parte de sus poderes de dirección, gobierno y administración del poder judicial.

El artículo 267 de la Constitución relativo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial en efecto, es claro al disponer que:

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 fundamentado 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.”

Es decir, conforme a esta norma “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial” y “la inspección y vigilancia de los tribunales de la República,” en el marco del principio de la separación de poderes que regula la Constitución, es una función asignada exclusivamente al Tribunal Supremo de Justicia.

¹¹ Sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316305-0083-21322-2022-22-0209.HTML>

Como es bien sabido, para la organización del Estado la Constitución de 1999 adoptó el principio de la separación orgánica de poderes¹², que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral (art. 136), asegurando que cada una de las ramas del poder público “tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado,” precisando en todo caso la Constitución no sólo que la misma Constitución “y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen,” (art. 137), sino que “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos” (art. 138).

La Constitución de 1999, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional entre cinco Poderes Públicos, que garantiza la autonomía e independencia entre los Poderes, lo que implica que cuando la Constitución asigna al Tribunal Supremo de Justicia como órgano del Poder Judicial, “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial y la inspección y vigilancia de los tribunales de la República,” esas funciones corresponden en *exclusiva* a dicho órgano, no pudiendo atribuirse legalmente a ningún otro órgano de otro Poder Público.

La consecuencia más elemental de esa competencia constitucional exclusiva es que corresponde a dicho Tribunal, en exclusiva, el nombramiento de los funcionarios que tienen a su cargo ejercer dichas funciones. No podría una ley atribuirle el nombramiento, por ejemplo, del Director de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura o del Inspector Nacional de Tribunales cuya creación la propia Constitución le asignó al Tribunal Supremo, al Consejo Nacional Electoral o al Poder Ciudadano, como tampoco podía atribuirle esa facultad al Presidente de la República. Ello sería una flagrante violación al principio de la separación de poderes y al artículo 267 de la Constitución, pues significaría una usurpación de autoridad.

Sin embargo, la reforma de los artículos 81 y 83 de la Ley Orgánica, ha atribuido a la Asamblea Nacional la facultad de nombrar tanto al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura como al Inspector Nacional de Tribunales, lo cual evidentemente es inconstitucional, y como lo destacó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales “comporta una severa interferencia política del Poder Legislativo en la independencia en la autonomía y funcionamiento del Poder Judicial (art. 267, Constitución).”¹³

Es decir, tan escandalosamente inconstitucional sería, por ejemplo, atribuir al Presidente de la República la facultad para designar al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura o al Inspector Nacional de Tribunales, como es escandalosamente inconstitucional la atribución que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo viene de hacer a la Asamblea Nacional para que haga la tales designaciones, arrebatándole la competencia para ello a la Sala Plena, tal como se regulaba en los artículos 80 y 83 de la Ley de 2010.

Por ello, con razón, dichas previsiones de la Ley de Reforma fueron impugnadas mediante acción popular por José González Puerta, quien expresó en su libelo que:

“Fácilmente se puede apreciar como en esta nueva ley se arrebató al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de elegir al inspector de tribunales y al director de la escuela de la magistratura para atribuirlo a la Asamblea Nacional, hecho este que contraría abiertamente a la independencia y autonomía funcional, financiera y administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, previsto en el artículo 254 constitucional y con ello se quebranta el principio de separación de poderes base del sistema democrático.

Ahora bien, sobre esta impugnación, la Sala Constitucional en su sentencia No. 81 de 15 de marzo de 2022, específicamente ante al alegato de que las normas impugnadas *quebrantan el principio de separación de poderes*, en una argumentación confusa y llena de vaguedades e imprecisiones, mezcló y confundió indebidamente los conceptos la separación orgánica de poderes con la distribución de funciones estatales entre los órganos del Estado, que tanto se ha estudiado en el país,¹⁴ “advirtiendo” que dicho principio:

¹² Véase en general, Manuel García Pelayo, -La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961-, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 1403 y 1420; Hildegard Rondón de Sansó, -La separación de los poderes en Venezuela-, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 1369-1403.

¹³ Pronunciamiento del 28 de enero de 2022 <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

¹⁴ Véase por ejemplo lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y administrativo)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, agosto 2005, 169

“no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades.”

Nada tiene que ver en realidad con la impugnación efectuada el tema de la “distribución de funciones” estatales. Lo que se argumentó para la impugnación fue la violación del principio de la separación orgánica de poderes, razón por la cual la conclusión de la Sala – que demuestra una ignorancia supina del tema fue que:

“entiende esta Sala que la selección por parte del órgano legislativo, tanto del Inspector General de Tribunales como del Director de la Escuela Nacional de la Magistratura, según lo establecido en la vigente Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, comporta ese principio de colaboración de poderes que en modo alguno atenta contra la disposición orgánica contemplada en el artículo 257 de la Constitución; en consecuencia, las delaciones sostenidas sobre este particular se deben desestimar.”¹⁵

El principio de colaboración de poderes no puede implicar la violación del principio de la separación orgánica de poderes, de modo que lo que hizo la Sala fue mutar ilegítimamente la Constitución, cercenándole al Tribunal Supremo la condición esencial para ejercer su potestad de inspección, gobierno y administración del Poder Judicial, que es el poder nombrar a los funcionarios encargados de dichas funciones, atribuyéndoselas a otro Poder del Estado, en este caso la Asamblea Nacional. Ello es tan inconstitucional como si la ley le hubiera atribuido esa función a Presidente de la República.

Sobre este mismo tema, el exmagistrado Rondon Haaz, en su acción popular también argumentó sobre la inconstitucionalidad de haber atribuido la designación de los dos altos funcionarios en la inspección, gobierno y administración del Poder Judicial a la Asamblea nacional, toda vez que incluso en la propia ley de reforma se dispone expresamente (*artículo 8*) que “el mentado Inspector, la Inspectoría General de la Defensa Pública y Escuela Nacional de la Magistratura son órganos dependientes jerárquica, organizativa y funcionalmente de la Sala Plena.”

En definitiva, el ex magistrado Rondón Haz denunció ante la Sala que el propósito de la reforma legislativa impugnada:

“no es otro que el control del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, en desconocimiento de su autonomía e independencia, al igual que de la constitucional separación de los Poderes Públicos; y es que al grupo dominante en lo político gubernamental no le basta con el subordinamiento de casi todos los órganos del Estado, sino que aspira un control omnímodo del Máximo Tribunal de la República.”

Ante las denuncias del recurrente, sin embargo, nada dijo la Sala, limitándose a señalar que ya se había pronunciado sobre las denuncias de inconstitucionalidad en la sentencia N. 81 de 15 de marzo de 2022, pasando a declarar “constitucional” la reforma impugnada.

VII. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 270 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL COMITÉ DE POSTULACIONES JUDICIALES

Las mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la composición del Comité de Postulaciones Judiciales como integrado por diputados a la Asamblea Nacional y no solo por “representantes de los diversos sectores de la sociedad” violando la expresa previsión constitucional del artículo 270 de la Constitución. Al dictar la sentencia, además, la propia Sala Constitucional mutó ilegítimamente la Constitución al avalar dicha inconstitucional composición de referido Comité.

¹⁵ Véase sentencia No. 81 15 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316186-0081-15322-2022-22-0187.HTML>

El artículo 270 de la Constitución, en efecto en lo que fue una de las previsiones más novedosas del texto constitucional de 1999, limitó el poder de la Asamblea Nacional para elegir libremente los magistrados del Tribunal Supremo, disponiendo que solo podía elegirlos entre los postulados por un Comité de Postulaciones Judiciales integrado por “*por representantes de los diferentes sectores de la sociedad de conformidad con lo que establezca la ley.*”

El texto del artículo es el siguiente:

“Artículo 270. El Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Ciudadano para la selección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, asesorará a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria. El Comité de Postulaciones Judiciales estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad de conformidad con lo que establezca la ley”.¹⁶

Ahora bien, en la primera oportunidad en la cual la Asamblea Nacional debía regular al Comité de Postulaciones, lo hizo en forma inconstitucional mediante la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14 de noviembre de 2000¹⁷, que fue “una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional;”¹⁸ al punto de que la Defensora del Pueblo intentara una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial, motivo por el cual fue simplemente sustituida. La Sala Constitucional no resolvió la impugnación pues se trataba de un régimen transitorio, argumentando que el mandato constitucional debía regularse en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que la Asamblea estaba obligada a sancionar.

Ello no ocurrió sino hasta 2004, cuando en la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, reguló al Comité de Postulaciones Judiciales, no como está previsto en la Constitución sino como una especie de “Comisión parlamentaria ampliada,” integrada por diputados y otras personas. Como lo expresé en 2004 al comentar la Ley del Tribunal Supremo de ese año:

“Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos. Sin embargo, lamentablemente este postulado constitucional ha sido violado al regularse la conformación del Comité de Postulaciones Electorales en la Ley Orgánica del Poder Electoral, y el Comité de Postulaciones Judiciales, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales se han integrado con diputados a la Asamblea nacional, como “Comisiones Parlamentarias” ampliadas.”¹⁹

¹⁶ Sobre esta norma, apenas salió publicada la Constitución indicamos lo siguiente: -Puede decirse que uno de los motivos principales que originó la crisis política y la necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucional como la de 1999, fue la reacción contra la democracia meramente representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos de democracia de participación. / La crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públicos no electos por el Congreso (Fiscal General, Contralor General, Magistrados de la Corte Suprema) que establecía la *Constitución* de 1961, y que le daba poder discrecional para ello, puede decirse que fue generalizada en el país. La queja se refería a la falta de participación y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones. Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente, en esta materia se impuso el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos.* / En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de *candidatos* ante la Asamblea Nacional, por lo que no se pueden formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea puede designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones. Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos.- Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, Tomo I, pp. 526-530

¹⁷ *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-2000.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, Tomo I, pp. 526-530; *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 389 ss.

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 204, pp. 14-15; Allan R. Brewer-Carías y

Sobre el Comité de Postulaciones Judiciales, en el artículo 65 de la reforma de la Ley Orgánica de 2010, se siguió la misma inconstitucional fórmula de integración por diputados que son representantes de la sociedad política y no de la sociedad civil; violándose el derecho a la participación ciudadana en el proceso de nombramiento de los magistrados que garantiza la Constitución al imponer que el Comité esté integrado solo por representantes de los diversos sectores de la sociedad (pues el derecho a la participación de los representantes de la sociedad política está garantizado a asignarse a los diputados la elección de los magistrados),²⁰ aún cuando se estableció su integración (igualmente en forma inconstitucional) con una mayoría de representantes de la sociedad civil (de los 11 miembros, seis de los diversos sectores de la sociedad y 5 diputados).

La reforma de la Ley Orgánica de 2022 no sólo repitió la inconstitucionalidad, sino que la agravó, al disponer en el artículo 65 que el Comité de Postulaciones Judiciales estará compuesto por 21 miembros “de los cuales 11 son diputados y 10 serán postulados por los otros sectores de la sociedad,” con lo cual incluso se le aseguró el poder decisorio total para postular magistrados a los diputados.

Sobre esta reforma, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento, destacó con razón que cuando la Constitución dispone que el Comité “está integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, [...] por tanto, no puede tener como integrantes a diputados. Es decir, el Comité de Postulaciones Judiciales no es un órgano interno ni de la Asamblea Nacional, ni del Poder Ciudadano,” y, por tanto:

“De conformidad con el artículo 270, [...] no puede tener como integrantes a diputados. Esto en definitiva desnaturaliza y politiza al Comité; y además configura una usurpación de funciones *constitucionales* ya que, al incorporar diputados al Comité de Postulaciones, al cual le corresponde sólo seleccionar la lista de los candidatos(as) para el cargo, luego esos mismos diputados se incorporan a la Asamblea Nacional para elegir los Magistrados(as) *de esa misma lista*.”

En relación con estas previsiones de la ley de reforma, en la acción popular presentada por José González Puerta, el accionante hizo los siguientes alegatos:

“La actual ley no dice a quién asesora, pero ordena que tenga sede en el órgano legislativo y es de preguntarse, ¿si es asesor del poder ciudadano por qué no tiene sede en dicho poder?”

De la misma manera, ¿si es asesor del Poder Ciudadano por qué razón la mayoría de sus integrantes son diputados?

Además, para sus deliberaciones requiere mayoría absoluta y decide con el voto favorable de la mayoría de los presentes y esto significa que el órgano legislativo tiene el control absoluto de ese comité.

De esa manera existirá control del Tribunal Supremo de Justicia por el Poder Legislativo.

La verdaderamente constitucional es que ese comité no esté integrado por diputados y esto se debe remediar por es[t]a Sala Constitucional.

Como se ha indicado la Constitución es clara, precisa y terminante: “El Comité de Postulaciones judiciales estará *integrado* por representantes de los diferentes *sectores* de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley.”

Es decir, solo estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad que se determinen en la ley y no podrá estar integrado sino por dichos representantes.

Sin embargo, ante la impugnación formulada, la Sala con su sentencia N° 81 de 15 de marzo de 2022 mutó ilegítimamente la Constitución, y cambió la redacción imperativa del artículo 270 (*estará integrado*), transformándola en una redacción permisiva decidiendo que:

“respecto a la constitución del Comité de Postulaciones Judiciales el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece obligatoriamente la representación de diferentes sectores de la sociedad civil, siendo optativo la incorporación de cualquier otro sector que la Asamblea Nacional

Víctor Hernández Mendible Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2010, 13-16.

²⁰ Como lo observó con razón *Acceso a la Justicia*: -La Carta Magna solo establece que los diputados intervendrán en el proceso al momento de realizar la elección definitiva de los magistrados, de entre los candidatos escogidos por los evaluadores.- Véase *Acceso a la justicia*. El Observatorio venezolano de la justicia, -Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela-, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>

considere pertinente, por tanto, no resulta contrario al texto constitucional que dicho comité de postulaciones se encuentre también conformado por diputados de ese órgano legislativo, razón por la cual esta Sala desestima la referida denuncia.”

Es falso que conforme a la Constitución sea “optativo” para la Asamblea integrar el Comité de Postulaciones Judiciales con “cualquier otro sector” distinto a los “de la sociedad” que la Asamblea considere pertinente. ola integración.

Sin embargo, aparte de mutar la Constitución en forma ilegítima, nada más argumentó la Sala para fundamentarla, salvo remitir a una argumentación confusa sobre separación de poderes y separación de funciones que constituyó la parte medular de la sentencia (antes comentada) diciendo confusamente sobre la denuncia del accionante que “...*lo verdaderamente constitucional es que ese comité no esté integrado por diputados...*”; que, al contrario, ello si es posible como “una expresión de esa cooperación de los órganos públicos para la consecución de los fines estatales que están llamados a cumplir, por lo que no se puede evidenciar que con ello se colida el texto constitucional.” Y nada más.

En cuanto a la impugnación de la misma norma contenida en la acción popular formulada por el ex Magistrado Rondón Haaz, éste la fundamentó más detalladamente, alegando respeto del artículo 270 que:

“A pesar de tan abundante nitidez constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 65 preceptúa su composición con la presencia de once diputados y diez personas más que seleccionarán ‘los otros sectores de la sociedad’, con lo que el número anterior de once se incrementó en diez, para un total de veintiuno.”

Y luego de citar el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales antes mencionado,²¹ argumentó que:

“en un Comité de Postulaciones Judiciales de 21 integrantes, de los cuales once (11) serán diputados y por ello mayoría, en el que las decisiones, según el artículo 68 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los presentes, los conformantes no diputados postulados por otros sectores de la sociedad civil carecerán de peso y fuerza en lo que tenga que ver con la preselección de candidatos a magistrados. En cambio, la Asamblea Nacional, a través de sus diputados miembros, tendrá todo el poder para esa previa escogencia.

En su sentencia No. 83 de fecha 21 de marzo de 2022, la Sala Constitucional no consideró en forma alguna las denuncias de Magistrado Rondón Haz y simplemente resolvió que las mismas ya estaban decididas en la sentencia previa de No 81 de 15 de marzo de 2022 dictada en el caso de la acción popular intentada por José González Puerta, declarando en consecuencia “constitucional” la ley impugnada, argumentando solamente que la reforma supuestamente “afianzaba:”

“la colaboración de poderes, cuya noción fue suficientemente ya descrita en la decisión dictada por esta Sala N° 81 del 15 de marzo de 2022, con motivo de una demanda de nulidad ejercida contra la ley aquí examinada, razón por la que no se encuentra alguna incompatibilidad de esta norma de rango legal con el texto constitucional, por lo que los argumentos sostenidos por el accionante sobre esta materia no deben prosperar.”

Lo que la Sala Constitucional hizo en definitiva fue mutar la Constitución y cambiar ilegítimamente el texto de su artículo 270, permitiendo que el Comité de Postulaciones Judiciales no sólo esté integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad como lo impone la Constitución, sino que pueda estar integrado por “otros sectores” que la Asamblea Nacional determine, lo que es contrario a la norma.

Además, con la mutación ilegítima de la Constitución, la Sala Constitucional se burló del principio de la democracia participativa que condicionó la redacción de la norma, y que buscaba atribuir a los representantes de los diferentes sectores de la sociedad civil, en exclusiva, el derecho de postular candidatos a Magistrado (en eso consistía la participación ciudadana regulada), pasando a atribuir a la propia Asamblea Nacional, a través de la mayoría de diputados que controla el Comité de Postulaciones y sus decisiones, la potestad de hacer dichas nominaciones. Precisamente, en forma radicalmente contraria a lo que pretendió el Constituyente en 2000, al restringir el poder de la Asamblea Nacional a solo elegir los candidatos postulados por un Comité de Postulaciones conformado fuera de su seno, integrado por representantes de los diversos sectores de la sociedad, donde quedan excluidos los diputados.

²¹ Pronunciamiento *del 28 de enero de 2022*. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronuncia-mientos /pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

VIII. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 264 Y 265 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ELECCIÓN EN SEGUNDO RADO DE LOS MAGISTRADOS POR MAYORÍA CALIFICADA DE DIPUTADOS

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la posibilidad de que la elección en segundo grado de los Magistrados al Tribunal Supremo se pueda realizar por el voto de la mayoría simple de los diputados y no por la mayoría calificada de los mismos, en violación de lo establecido en los artículos 264 y 265 de la Constitución, los cuales fueron mutados ilegítimamente por la Sala.

Junto con la penta división del Poder Público, otra de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue el haber regulado el principio democrático desde la raíz, al establecer la elección popular de todos los titulares de los órganos del Poder Público. Como lo hemos explicado en 2015:

“La diferencia en la elección popular entre unos y otros, está sin embargo en la forma de la misma, en el sentido de que en algunos casos, la elección popular es directa por el pueblo, mediante sufragio universal y secreto, es decir, en primer grado, como es el caso de la elección del Presidente de la República (art. 228) y de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 186); y en otros casos, la elección popular es indirecta, en segundo grado, mediante elección realizada en nombre del pueblo, por sus representantes electos en forma directa como diputados a la Asamblea Nacional, como es el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264, 265), del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Ello implica que, en ambos casos, conforme a las previsiones constitucionales, todos los titulares de los órganos de los poderes públicos tienen que ser electos popularmente, sea en forma directa o sea indirectamente.”²²

En consecuencia, conforme a la Constitución, la Asamblea Nacional en realidad no nombra o designa a los a los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, sino que los elige en segundo grado, en forma indirecta, actuando como cuerpo elector, y a los efectos de garantizar la mayor representatividad democrática en dicha elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Constitución dispone que la misma sólo puede hacerse con el voto de una mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados que integran la Asamblea Nacional. Esta mayoría calificada está establecida en forma expresa respecto de la elección del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296); y en forma implícita respecto de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para un período único de 12 años (Art. 264). al exigirse dicha votación calificada para su remoción (art. 264, 265).

Con ello, el Constituyente, a falta de prever la elección popular directa de dichos altos funcionarios, estableció la elección indirecta, pero asegurando una representatividad democrática calificada,²³

²² Véase Alan R. Brewer-Carías, -La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público,- en *Revista de Investigações Constitucionais. Journal of Constitutional Research*, v. 2, n. 2 (maio-agosto 2015), ISSN 2359-5639, pp. 63-92, en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000200063&script=sci_arttext

²³ Como ya lo hemos explicado: -La consecuencia de todo ello es que la técnica de la elección difiere según se trate de elección directa o indirecta. En el caso de la elección directa por el pueblo, cada persona o elector vota por el candidato de su preferencia; en cambio que, en la elección indirecta, el cuerpo electoral de segundo grado que es el integrado por los diputados a la Asamblea Nacional, tiene que llegar a un acuerdo para elegir, lo que es la lógica democrática de funcionamiento cuando un grupo político no controla la mayoría calificada de los diputados. En estos casos, por más mayoritario que sea, tiene que renunciar a pretensiones hegemónicas y necesariamente tiene que llegar a acuerdos, compromisos o consensos con las diversas fuerzas políticas, de manera que se pueda asegurar la mayoría calificada de los votos. En democracia, no hay otra forma de realizar la elección indirecta, y en ningún caso, la fuerza política que sea mayoritaria, pero que no controla la mayoría calificada de votos, puede pretender imponer su voluntad individualmente, pues ello sería antidemocrático. / Lo importante a destacar, en todo caso, es que, en estos casos de elección indirecta de los altos funcionarios del Estado, la Asamblea Nacional no actúa constitucionalmente como cuerpo legislador ordinario o general, sino como cuerpo electoral, al punto que las competencias que le *corresponden* como tal cuerpo electoral ni siquiera están incluidas entre las competencias generales de la Asamblea enumeradas en el artículo 187 de la Constitución. Ello implica que, en el ejercicio de las competencias como cuerpo elector, la Asamblea Nacional en virtud de la

disponiendo entonces que la elección de los magistrados al Tribunal Supremo por la Asamblea Nacional solo puede hacerse mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, todo lo cual fue violado por la ley de reforma, incurriendo en inconstitucionalidad, que fue avalada por la sala Constitucional.

IX. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 264 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ELECCIÓN Y DURACIÓN DEL PERÍODO DE LOS MAGISTRADOS

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, también incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la posibilidad de que los magistrados al Tribunal Supremo puedan ser electos por diversos períodos y que puedan durar en el ejercicio del cargo por un lapso de tiempo mayor de 12 años, en violación de lo establecido en los artículos 264 de la Constitución, el cual fue igualmente mutados ilegítimamente por la Sala.

Es decir, de acuerdo con el texto expreso del artículo 264 de la Constitución, “Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un *único período de doce años*,” es decir, sin posibilidad de que quien ya ha sido electo y ha ejercido el cargo pueda ser reelecto de inmediato ni volver a ser electo en el futuro; y, por tanto, sin posibilidad de que un magistrado ocupe el cargo por más de doce años.

Estas normas fueron violentadas en la reforma de la Ley Orgánica, en cuyo artículo 13 y 38 se estableció, primero, que los magistrados “podrán ser reelegidos o reelegidos hasta por un periodo de igual duración, y además, que los magistrados que para la fecha “de entrada en vigencia de esta Ley no hayan culminado el periodo para el cual fueron designadas y designados, podrán volver a postularse para ejercer estos cargos,” permitiéndose así el ejercicio del cargo por un período superior a los 12 años;

y segundo, que:

“En caso que cumplidas tres sesiones consecutivas no haya acuerdo para la designación de las Magistradas o Magistrados suplentes, se convocará a una cuarta sesión en la cual serán designados por mayoría simple de miembros de la Asamblea Nacional.”

Ambas previsiones son inconstitucionales, como también lo consideró la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento.²⁴

Por tanto, cuando la Sala Constitucional declaró sin lugar las impugnaciones y declaró la “constitucionalidad” de la reforma de la Ley Orgánica, lo que ha hecho es mutar legítimamente la Constitución, pues ignorando que la elección solo puede ser por un único período de 12 años, la Ley ha permitido la reelección; y transitoriamente, ha permitido que pueda ejercerse el cargo por más de 12 años.²⁵

Constitución, no está sometida al régimen general de mayorías que se aplican y rigen para su funcionamiento general de la misma como cuerpo legislador, estando en cambio sometida sólo al régimen de mayoría calificada que regulan los artículos 264, 265, 279 y 296 de la propia Constitución.- *Idem*.

²⁴ Esto consideró la Academia: -7. El artículo 38 modificado de la LOTSJ, mantiene con una redacción diferente, la selección definitiva de los magistrados(as) por mayoría simple de los miembros de la Asamblea Nacional, si ésta no logra, luego cumplidas tres sesiones consecutivas sin que haya acuerdo para la designación con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. Esta norma, además de violar el principio constitucional de la designación de todas las altas autoridades del Estado con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Asamblea Nacional, el cual incluso se ratifica expresamente para la remoción de los magistrados del TSJ (art. 265). 8. En cuanto a la incorporación de la disposición final segunda (art. 13), la reforma señala que se procederá a la designación de los veinte nuevos magistrados(as) y sus suplentes, añadiendo que los magistrados(as) -que para la fecha de entrada en vigencia de esta Ley no hayan culminado el periodo para el cual fueron designadas y designados, podrán volver a postularse para ejercer estos cargos-. En consecuencia, estaría produciendo para ciertos magistrados(as), la posibilidad de estar más años en el Tribunal Supremo que los 12 años fijos que pueden permanecer en sus cargos. Ello resulta contrario a lo dispuesto expresamente en la Constitución (art. 264) respecto a la duración total del mandato o período de los magistrados(as): “[...] serán elegidos o elegidas por un único período de doce años-. De tal manera, que los magistrados(as) no pueden ser elegidos sino por un *único período* cuya duración máxima, en todo caso, es de doce años.- Disponible en; <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

²⁵ Y en efecto, así ocurrió como apareció publicado en la *Gaceta Oficial* No. 6696 Extra de 27 de abril de 2022: de los 20 magistrados -electos- 12 ya han ocupado el cargo de Magistrado habiendo en sus respectivos -períodos únicos- y, además, con la nueva elección pasarán a ocupar el cargo por más de 12 años. Está por determinarse, respecto de todos los electos si la Asamblea cumplió con lo exigido en el artículo 263 de la Constitución sobre las condiciones o requisitos para ser electo magistrado del Tribunal Supremo.

Algunos de estos vicios fueron alegados en la acción popular formulada por e Sr. José González Puerta, pero la Sala simplemente ignoró los alegatos y no se refirió a ellos en su sentencia, haciendo solamente referencia a que “el proceso de reestructuración que se inicia con la reforma de la Ley que regula este Alto Tribunal, producto de *circunstancias sobrevenidas*, no previstas por el constituyente originario de 1999,” refiriéndose “concretamente a la situación internacional de acoso y bloqueo con fines de aislamiento y cotización institucional a la cual ha sido sometido unilateralmente el Estado por una serie de países y organizaciones internacionales que conforman el Bloque Atlántico, hecho este que la Sala ha venido reconociendo en su jurisprudencia desde el año 2016,” que nada tiene que ver con las inconstitucionales previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo.

APRECIACIÓN FINAL

Como resulta evidente de su propio texto, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo sancionada por la Asamblea Nacional el 19 de enero de 2022, a propuesta del Presidente de la misma, y sin la aprobación formal por Sala Plena, y sin consulta popular alguna, no sólo no sirvió para contribuir al restablecimiento de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela como se habría anunciado, sino que en sí misma, fue evidentemente inconstitucional, al usurpar la Asamblea Nacional los poderes del propio Tribunal Supremo en materia de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, contrariando el principio de la separación de poderes, arrebatándole al Tribunal la potestad de designar al Inspector Nacional de Tribunales y al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, además, violó abiertamente la Constitución al regular la integración del Comité de Postulaciones Judiciales disponiendo en forma contraria a la exigencia constitucional de que para asegurar la participación ciudadana sólo puede estar integrado por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad,” que dicho Comité esté compuesto por una mayoría de diputados a la Asamblea Nacional, quienes controlarán el proceso de elección de los magistrados que fue lo que el constituyente de 1999 quiso eliminar

Además, la mencionada reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, igualmente violando la Constitución que exige que la elección de los Magistrados por la Asamblea Nacional se haga con una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, dispuso la posibilidad de elegirlos con el voto de una mayoría simple de los diputados.

Y, por último, la reforma también violó la Constitución, la cual es terminante en disponer que la elección de los Magistrados solo puede efectuarse por un período único de 12 años, lo que implica la no reelección, y no sólo inmediata, de Magistrados que ya han sido electos con anterioridad, sino que en ningún caso un Magistrado puede ejercer sus funciones por más de 12 años. La reforma, sin embargo, permite la reelección de Magistrados en forma contraria a la Constitución, y en una disposición transitoria, además, permite que los magistrados en ejercicio al reformarse la ley puedan volver a ser electos por otro período de doce años.

La Sala Constitucional en sus sentencias, al avalar las inconstitucionalidades cometidas por el legislador en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución.

La Ley de reforma, por otra parte, incorporó una prohibición expresa destinada solo a la Sala Constitucional respecto de las reformas a las leyes, que ha venido haciendo en los últimos 20 años en ejercicio de la denominada “Jurisdicción normativa.” Sin embargo, la prohibición no sirvió de nada, pues la Sala procedió a reformar la Ley de reforma, disponiendo que en la misma no se había establecido prohibición alguna, sino que se habría permitido que siguiera reformando las leyes.

Es decir, la Sala Constitucional, contra todo, en definitiva, en estas sentencias No. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022, decidió reformar la ley que le prohibió reformar leyes, y de paso mutó ilegítimamente la Constitución para avalar la usurpación por el Legislador de las propias competencias constitucionales del Tribunal Supremo; cambiar el quórum para la elección de sus propios magistrados, y cambiar el carácter único del período de 12 años de su elección. Y lo más grave, que ha hecho todo eso sin tener quien la controle.

2022

93. LA CONFISCACIÓN DE LA SEDE DEL DIARIO EL NACIONAL ES UNA CONSECUENCIA MÁS DE LA TRÁGICA AUSENCIA DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 169-170, enero-junio 2022,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 364-368

Resumen: *Este artículo analiza cómo en el caso de la clausura y subsiguiente confiscación del diario El Nacional, con motivo de una demanda de difamación, lo que quedó evidenciado fue la absoluta falta de independencia y autonomía del Poder Judicial.*

Palabras Clave: *Poder Judicial. Independencia; Poder Judicial. Autonomía*

Abstract: *This article analyzes how in the case of the closure and subsequent confiscation of the newspaper El Nacional, on the occasion of a defamation lawsuit, what was evidenced was the absolute lack of independence and autonomy of the Judiciary.*

Key words: *Judiciary. Independence; Judiciary. Autonomy.*

Lo que ha ocurrido con el “remate judicial” de la sede del Diario *El Nacional* en Caracas, luego de múltiples decisiones dictadas por diversos tribunales de la República a raíz de una demanda de “difamación” intentada contra el mismo, por alguien que se sintió difamado por la reproducción en el diario de una información publicada en un diario español (ABC), no es sino la culminación de una confabulación orquestada desde 2015, con la participación activa de diversas instancias del Poder Judicial, incluida la Sala de Casación de Tribunal Supremo de Justicia, no sólo para buscar clausurar dicho importante medio informativo, sino para confiscarle su propia sede.

Se trata de un signo más de la sistemática violación del derecho a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación y difusión de información que garantiza el artículo 57 de la Constitución, que una vez más la hemos visto convertida en una Constitución de “plastilina” como la llamó un ex juez del Tribunal Supremo del propio régimen, que se amolda a los deseos de quienes la manipulan, utilizando para ello al Poder Judicial, cuya independencia y autonomía se comenzó a demoler desde 1999. Ese año, efectivamente, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 decretó el asalto e intervención del Poder Judicial destituyendo jueces a mansalva, sin garantía alguna de debido proceso, y nombrado jueces provisorios y temporales sometidos al poder;¹ proceso que tuvo como su primera víctima institucional a la antigua Corte Suprema de Justicia.²

Con ello se inició en Venezuela el proceso sistemático de demolición, desmantelamiento o derrumbe sin pausa del Poder Judicial, barriendo con su autonomía e independencia, habiendo sido ello durante los últimos lustros, uno de los signos más notorios del deterioro institucional del país, obra del autoritarismo

¹ Véase mi crítica de entonces a la intervención constituyente del Poder Judicial en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto / 8 septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 57-74.

² Véase sobre la destitución de los magistrados de la Corte y sobre el nombramiento viciado de los Magistrados del nuevo Tribunal Supremo mis comentarios de entonces en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 350 ss.

donde, en consecuencia, no hay Estado de derecho.³ En esa condición, lamentablemente nada de extrañar tiene que haya sido el Poder Judicial el vehículo utilizado para confiscar la sede del Diario *El Nacional*.

Ese proceso de eliminación de la independencia y autonomía judicial en Venezuela que hemos venido denunciando progresivamente,⁴ lo explicó en septiembre de 2021 en el *Informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, luego de apreciar que en el país “la erosión de la independencia judicial y de la fiscalía se ha acelerado en los últimos años,” reconociendo sin embargo que “las reformas legales y administrativas que contribuyeron al deterioro de la independencia del sistema de justicia tuvieron lugar a lo largo de varios años, al menos desde la adopción de la Constitución de 1999” (pár. 14).⁵

Lo importante a destacar es que esa situación de progresiva erosión de la autonomía e independencia del Poder Judicial se ha observado y denunciado por todos los organismos internacionales con funciones en materia de protección de los derechos humanos, como ha sido el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual, durante los últimos veinte años, en sus Informes, ha “*constatado reiteradamente la falta de independencia judicial*” en Venezuela.⁶

Por ello, en marzo de 2014, antes de que comenzara la persecución judicial contra el Diario *El Nacional*, el Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas en el *Informe* que presentó en Ginebra referido a la problemática estructural del Poder Judicial en Venezuela, destacó cómo:

“*el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio TSJ, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista. [...]*”

Y concluyó afirmando tajantemente que:

“*Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que, por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.*”⁷

La situación siguió siendo reconocida por otras instancias internacionales de manera que, por ejemplo, el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, apreció en 2016 que “*no existe en Venezuela una clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de*

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020)*, Colección Anales, Cátedra Mezerhane Miami Dade College, 2020.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 612 pp.

⁵ Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A.HRC.48.69%20ES.pdf>.

⁶ Como lo resumió en uno de sus más recientes Informes de admisibilidad en el Caso: *Nelson J. Mezerhane Gosen vs. Venezuela* (Informe No. 312/21, Petición 961-10, 2 de noviembre de 2021), indicando que: -ha en Venezuela. Así sucedió, entre otras: en el *Informe Anual de 2004* (Capítulo IV, párrafos 138-207), en el *Informe Anual de 2005* (Capítulo IV, párrafos 214-370), en el *Informe Anual de 2006* (Capítulo IV, párrafos 138-252), en el *Informe Anual de 2007* (Capítulo IV, párrafos 221- 315), (i) en el *Informe Anual de 2008* (Capítulo IV, párrafos 391-403), (ii) en el *Informe Anual de 2009* (Capítulo IV, párrafos 472-483), (iii) en el *Informe Anual de 2010* (Capítulo IV, párrafos 615-649), (iv) en el *Informe Anual de 2011* (Capítulo IV, párrafos 447-477), (v) en el *Informe Anual de 2012* Capítulo IV, párrafos 464-509), (vi) en el *Informe Anual de 2013* (Capítulo IV, párrafos 632-660), (vii) en el *Informe Anual de 2014* (Capítulo IV, párrafos 536-566), (viii) en el *Informe Anual de 2015* (Capítulo IV, párrafos 257-281), (ix) en el *Informe Anual de 2016* (Capítulo IV, párrafos 57-87.), (x) en el *Informe Anual de 2017* (Capítulo IV, párrafos 13-21), (xi) en el *Informe Anual de 2018* (Capítulo IV.B, párrafos 30-57) (xii) en el *Informe Anual de 2019* (Capítulo IV.B, párrafos 30-48) y en el *Informe Anual 2020*. También se examinó en detalle el tema en (xiii) el *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela de 2017* (-Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela-, páginas 45 y siguientes) y (xiv) el *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela de 2009* (Parte III, párrafos 180 a 339.22). Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nelson J. Mezerhane Gosen vs Venezuela, Informe de admisibilidad No. 312/21, Petición 961-10, 2 de noviembre de 2021, párr.33.

⁷ Véase Informe sobre el: *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*. Disponible en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo,” denunciando la integración del Tribunal Supremo de Justicia como “*completamente viciada tanto en el procedimiento de designación como por la parcialidad política de prácticamente todos sus integrantes*,”⁸ todo lo cual “*demuestra claramente la falta de independencia del poder judicial*,” precisando que “*El sistema tripartito de la democracia ha fracasado y el poder judicial ha sido cooptado por el ejecutivo [...]*.”⁹

Más recientemente, en septiembre de 2019, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michele Bachelet en su Informe ante las Naciones Unidas, se refirió a la “*falta de independencia y la corrupción en el poder judicial*” en el país;¹⁰ y en el *Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, de septiembre de 2020, se constató cómo entre los elementos que contribuyen a la violación de la Constitución, está “*la falta de independencia del Poder Judicial*” (par. 148, Informe), habiendo “*el Tribunal Supremo dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado*” (par. 154), [y] “*el propio Poder Judicial*” quedado “*convertido en un instrumento de represión*” (par 165, Informe).¹¹

Y todavía más recientemente, el 22 de junio de 2021, la Comisión Internacional de Juristas hizo nuevamente público su Informe titulado *Jueces en la cuerda floja. Informe sobre Independencia e imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela*, en el cual, documentando exhaustivamente la situación, hizo hincapié en el “*control y la influencia política sobre el Poder Judicial*,” así como en el “*rol que ha desempeñado el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en el quebrantamiento de la independencia de los jueces en todo el país*.” En el Informe, la Comisión Internacional de Juristas afirmó tajantemente que “*el Poder Judicial de Venezuela se ha convertido en una herramienta para que el Poder Ejecutivo controle políticamente al país, en lugar de ser un mecanismo de defensa del Estado de derecho en el país. [...]*; concluyendo con la trágica constatación de que “*en Venezuela, el derecho a la justicia no está garantizado, en la medida en que no tenemos un sistema de jueces independientes e imparciales*.”¹²

El panorama antes descrito, observado por todos los organismos internacionales desde el inicio del régimen autoritario en Venezuela, viene de ser reiterado además, en el *Informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* de 16 de septiembre de 2021 presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, destacándose como “*la injerencia política en la elección de magistrados del Tribunal Supremo* ha dado lugar a cambios permanentes en su alineación ideológica.

Ello ha derramado sus efectos sobre todas las instituciones del Poder Judicial” (pár. 15); y cómo “*la importancia de estos nombramientos se hace evidente dado el nivel de control casi total que el Tribunal Supremo de Justicia ejerce sobre las demás instituciones del Poder Judicial*” (pár. 19).¹³

En fin, en el mismo mes de septiembre de 2021 el mundo fue testigo de cómo en las reuniones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, se clamó por la restauración de la independencia del Poder Judicial en el país, destacándose la condena que destacó la Comisión Internacional de Juristas y el Instituto de Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados, sobre “*la continuada e indebida injerencia del Ejecutivo y el Legislativo sobre el Poder Judicial*, que se refleja en el

⁸ *I Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, que presentó al Consejo Permanente de la Organización el 30 de mayo de 2016 *Idem*, p. 127. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

⁹ Véase el texto de la exposición del Secretario General Luis Almagro ante el Consejo Permanente de la OEA, 23 de junio de 2016, en: http://www.el-nacional.com/politica/PresentaciindelSecretario_GeneraldeOEA_ante_NACFIL20160623_0001.pdf. Véase igualmente el texto en los Apéndices a este libro.

¹⁰ Véase -Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,- 4 de julio de 2019, par 56; en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx.

¹¹ Véase Informe de 15 de septiembre de 2020, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf.

¹² Disponible en: <https://www.icj.org/es/venezuela-un-poder-judicial-politizado-que-es-una-herramienta-de-represion-mas-que-un-defensor-del-estado-de-derecho/>

¹³ Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A.HRC_48.69%20ES.pdf

nombramiento y la destitución arbitraria de los jueces del Tribunal Supremo y en las *presiones que se ejercen sobre los jueces en general*, violando el principio de independencia judicial.”¹⁴

En esa situación de ausencia de justicia es, sin duda, difícil tener razón, y más difícil aún poder esperar obtener Justicia. La situación hace recordar lo que expresó hace varios siglos Francisco de Quevedo, “*Donde hay poca justicia, es un peligro tener razón, porque los imbéciles son mayoría.*”

Una muestra más de esa trágica situación del Poder Judicial en Venezuela, y del consecuente deterioro del Estado de derecho y de la posibilidad de poder obtener protección judicial a los derechos humanos son, precisamente, el conjunto de decisiones adoptadas desde 2015 por tribunales que carecen de independencia y autonomía, y que han culminado, a través de un “remate judicial,” con la confiscación de la sede del Diario *El Nacional*, buscando callar un medio de comunicación que ha sido bastión de la libertad de expresión en el país.

¹⁴ Véase -ONU: ICJ y IBAHRI destacan la necesidad urgente de rendición de cuentas por las graves violaciones de derechos humanos en Venezuela,- 24 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.icj.org/es/onu-icj-y-ibahri-destacan-la-necesidad-urgente-de-rendicion-de-cuentas-por-las-graves-violaciones-de-derechos-humanos-en-venezuela/>

94. LOS VAIVENES INTERPRETATIVOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA SANCIONAR EL DESACATO DE MANDAMIENTOS DE AMPARO

Revista de Derecho Público, N° 171-172, julio-dic. 2022,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 299-304

Resumen: Este artículo analiza las cuatro interpretaciones diversas que ha hecho la Sala Constitucional sobre la previsión de la ley Orgánica de Amparo en materia de sanciones al desacato de los mandamientos de amparo.

Palabras Clave: Amparo; Desacato.

Abstract: *This article analyzes the four different interpretations made by the Constitutional Chamber on the provision of the Organic Law of Amparo regarding sanctions for contempt of amparo orders.*

Key words: *Amparo; Contempt*

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales establece en materia de desacato de las sentencias de amparo una sanción de tipo pena, en la siguiente forma:

Artículo 31. Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.

Se trata de una previsión clara y concisa que en el ordenamiento jurídico venezolano solo puede interpretarse conforme lo que expresan las palabras de la norma: se trata de una norma que prevé un tipo penal con una sanción de prisión, para quienes desacaten un mandamiento de amparo, cuya imposición corresponde exclusivamente a los tribunales de la Jurisdicción Penal.

Es decir, el juez de amparo no tiene legalmente potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, a sólo procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, en los casos de desacato.

La Sala Constitucional, sin embargo, ha venido “interpretando” dicha norma en diversas formas, “reformando” el texto legal, mutándolo, variando además los criterios en un vaivén muy sin duda inconveniente.

PRIMERA INTERPRETACIÓN: LA SALA CONSTITUCIONAL INTERPRETÓ LA NORMA PARA USURPAR LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN PENAL

La primera interpretación a la medida que hizo la Sala Constitucional de esta norma fue cuando sirvió como instrumento del autoritarismo para romper con el principio democrático representativo y poder proceder a remover y encarcelar alcaldes electos e impedir que terminaran su mandato.

Ello ocurrió con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014 (Caso: *Alcalde Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*),¹ en la cual, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó directamente la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el “instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205>. HTML

inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.²

Con esta “interpretación” el Juez Constitucional se erigió en el perseguidor de los funcionarios públicos electos de los gobiernos municipales, en los Municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario, para sacarlos de sus cargos. Y así ocurrió finalmente con la sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014,³ enjuiciando, condenando penalmente y encarcelando a los Alcaldes Scarano y Scaletta, y en cuanto al primero, revocándole su mandato popular, en lo que sin duda fue un compendio de violaciones al debido proceso garantizado en el artículo 49 de la Constitución, y que el “máximo garante de la misma” simplemente violó impunemente.⁴

SEGUNDA INTERPRETACIÓN; LA DESPENALIZACIÓN DEL DESACATO EN MATERIA DE AMPARO Y LA ASIGNACIÓN A TODOS LOS JUECES DE LA COMPETENCIA PARA IMPONER LAS SANCIONES PENAL, PREVIA CONSULTA CON LA SALA CONSTITUCIONAL

En virtud de lo resuelto puntualmente en la sentencia para justificar la necesidad que tenía la Sala Constitucional de enjuiciar y encarcelar directamente a dos Alcaldes de oposición en un momento particular de crisis política y manifestaciones callejeras, en la misma sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014, la Sala procedió el general a “reformular” lo dispuesto en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo “con criterio vinculante” que dicha norma no tenía el carácter que tenía de “jurisdicción indudablemente penal,” sino que lo que tenía es un “carácter *jurisdiccional constitucional*,” con lo cual procedió pura y simplemente a reformar la norma “despenalizando” su contenido, y declarando que “*las reglas del proceso penal y de la ejecución penal no tienen cabida en este ámbito*” en particular, para la “fijación de la competencia territorial respecto de la ejecución, intervención fiscal, policial y de la jurisdicción penal (que –dijo– encuentra su último control constitucional en la propia Sala), suspensión condicional de la pena, fórmulas alternas de cumplimiento de la pena, entre otras tantas.” Es decir, lo “penal” de la norma fue simplemente borrado.

No se trató, por supuesto de una interpretación “vinculante” en los términos del artículo 335 de la Constitución, que no se cita, pues la sentencia no interpreta el alcance y sentido de alguna norma o principio constitucional. Se trató de una interpretación de una norma legal, es decir, del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, “despenalizando” el tema y atribuyéndole a todos los jueces de amparo –sin sus con carácter “vinculante”– la competencia para conocer del desacato de las sentencias de amparo y para imponerle a los responsables, en sustitución de la jurisdicción penal, la pena de prisión por desacato a las sentencias de amparo que dicten.

La Sala, sin embargo, insegura de lo que venía de decidir, resolvió establecer también con carácter “vinculante” un procedimiento para poder ejercer una especie de control general *previo* sobre las actuaciones de todos los jueces de amparo en materia de ejecución de cualquier sentencia de desacato de sus

² Véase nuestra crítica a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, -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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo), en *Revista de Derecho Público*, No. 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

³ Véase la sentencia No 245, del 9 de abril de 2014 (Caso: Vicencio Scarno Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HT> ML. Véase también en Gaceta Oficial N° 40.391 de 10 de abril de 2014 y en *Revista de Derecho Público*, No. 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 111 ss. Véase la crítica a la sentencia 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 Scarano Spisso y Daniel Ceballo)-, en *Revista de Derecho Público*, No. 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

⁴ Lo decidido en esta sentencia se repitió en la sentencia adoptada en la audiencia del día 25 de marzo de 2014, y publicada con el N° 263 el 11 de abril de 2014 dictada en contra del Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Daniel Ceballos, en la cual se aplicó la -doctrina vinculante- que se había establecido inconstitucionalmente en la sentencia 245, e igualmente, se lo enjuició, condenó penalmente, encarceló y se le revocó su mandato popular en contra de todos los principios del debido proceso.

mandamientos, disponiendo que debía realizarse una “consulta” ante la propia Sala, “anterior a la ejecución de la sentencia con efecto suspensivo de esta última.”

La sala dispuso así, que cuando el desacato:

“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.”

Con ello, al erigirse la Sala en contralora con carácter previo de todas las sentencias dictadas por cualquier tribunal en casos de desacato de mandamientos de amparo, las cuales no podía ser ejecutadas sin el “visto bueno” de la Sala Constitucional, en la práctica por el cúmulo de casos, el tema del enjuiciamiento efectivo por desacatos de amparo se convirtió en una práctica generalizada y peligrosa, y no solo para casos “escogidos.”

TERCERA INTERPRETACIÓN: LA OBLIGATORIEDAD IMPUESTA A TODOS LOS TRIBUNALES DE AMPARO DE CONSULTAR A LA SALA ANTES DE DICTAR SENTENCIAS POR DESACATO

Con base en la “interpretación vinculante” antes señalada adoptada en 2014, los tribunales competentes en materia de amparo de todas las jurisdicciones comenzaron a enjuiciar a quienes desacataron sus sentencias de amparo y a imponerles las penas de prisión previstas en la Ley Orgánica de Amparo, buscando privarlos de libertad, tal y como lo había autorizado la Sala, enviándole sin embargo a la misma los expedientes en consulta, “saltándose” los respectivos tribunales superiores (*per saltum*), antes de ejecutar las sentencias.

Fue así que con motivo de haber recibido en consulta una sentencia dictada por un Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta dictada en 2015 imponiendo a una persona la sanción penal por desacato prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo Constitucional, Sala Constitucional dictó la sentencia N° 145 de 18 de junio de-2019 (Caso: *Joe Taouk, Jajaa*),⁵ en la cual comenzó por destacar en general, que “por notoriedad judicial” había 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.”

Con base en esos excesos “detectados”, la Sala Constitucional estimó necesario variar el “criterio jurisprudencial” sentado en la antes mencionada sentencia N° 245 de 9 de abril de 2014 en lo que atañe al procedimiento para dilucidar las denuncias de desacato a mandamientos de amparo; procediendo, con el “objeto de evitar el uso indebido de la aludida institución,” a cambiar su anterior “interpretación vinculante” con el objeto de:

“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.”

Con tal objeto, “a partir de la publicación” de dicha sentencia N° 145 de 18 de junio de-2019 en la *Gaceta Oficial*, la Sala Constitucional estableció “con carácter vinculante” “que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República” debían “ser sometidas al *conocimiento previo* de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.”

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 ss. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, -El procedimiento para la aplicación de la sanción de prisión en casos de desacato de las sentencias de amparo, establecido como ‘interpretación vinculante’ por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2014 y 2019, en contra de lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo,- en *Revista de Derecho Público*, N° 163-164, julio-diciembre 2020, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2020, pp. 558-568.

Esto significó que la “consulta obligatoria” ante la Sala Constitucional ya no era respecto de las sentencias de desacato dictadas por los jueces de instancia antes de que pudieran ser ejecutadas; sino que, a partir de abril de 2019, comenzó a ser una consulta que debía hacerse antes de que el juez de amparo dictase la sentencia. A tal efecto, la Sala dispuso 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.

Y la Sala continuó con el destalle del procedimiento:

“En caso de que la decisión de la Sala sea favorable o proclive a que se le dé cause o trámite 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.”

Con esta “reforma” del procedimiento, era previsible que en la práctica se crearía un cuello de botella” procedimental, la Sala no se daría basto, y el desacato en materia de amparo no tendría sanción efectiva.

CUARTA INTERPRETACIÓN: EL ABANDONO DE LA INTERPRETACIÓN SOBRE LA OBLIGATORIEDAD IMPUESTA A LOS TRIBUNALES DE AMPARO DE CONSULTAR A LA SALA ANTES DE DICTAR SENTENCIAS POR DESACATO

La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 416 de 2 de agosto de 2022 (caso: *Yonis de Jesús Rondón et al vs. PepsiCola Venezuela C.A.*),⁶ procedió de nuevo a modificar la interpretación vinculante del artículo 31 de la ley Orgánica de Amparo con motivo de estudiar “en consulta” el expediente que le había sido remitido en febrero de 2020 por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, sobre una denuncia de desacato del mandamiento de amparo constitucional sobre lo cual un año después, en enero de 2021 se daría cuenta en Sala.

La Sala en efecto, en su sentencia, dictada conforme a la competencia que se había atribuido a sí misma de “conocer en consulta la denuncia de desacato efectuada por la parte presuntamente agraviada en términos de verosimilitud y no de plena certeza, tal como se estableció en la variante que introdujo esta Sala en sentencia N° 145 del 18 de junio de 2019,” observó que en general,

“con el devenir de la praxis judicial de los distintos Tribunales de la República, incluyendo la de este órgano jurisdiccional, se ha hecho firme la convicción de la Sala de que tal actuación resulta innecesaria y retrasa el cumplimiento de un fallo que debe ser ejecutado inmediatamente por mandato de los artículos 30 y 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.”

Por ello, luego de decidir en el caso concreto que se siguiera con el procedimiento de sentencia y ejecución, la Sala resolvió agregar a su sentencia un “*obiter dictum*” mediante el cual modificó de nuevo su interpretación vinculante, en virtud de “una reflexión detenida de los lineamientos dictados por este órgano jurisdiccional en materia de ejecución de mandamientos de amparo constitucional.” Con base en ello, la Sala consideró que los “parámetros” que había establecido, ahora la obligaban:

“a abandonar el criterio acogido en sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019, caso: “*Joe Taouk Jajaa*”, según la cual se estableció con carácter vinculante la obligación de todos los Tribunales de la causa de remitir de manera inmediata el expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de desacato que se hubiere efectuado, con el objeto de que este órgano jurisdiccional dictaminara sobre la viabilidad de la misma de forma sucinta.

Para ello, la Sala consideró que

“en la actualidad, han variado las circunstancias que originaron la variante jurisprudencial, encontrándose la Sala que esa primera consulta obligatoria con la cual se pretendió garantizar la búsqueda de una justicia idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y sin formalismos o

⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/318343-0416-2822-2022-21-0034>. HTML

reposiciones inútiles pudo haber generado retardos y dilaciones procesales que amenazaron la celeridad procesal, la brevedad y la eficacia de este medio extraordinario de protección de los derechos fundamentales.”

En particular, en su sentencia, la Sala se percató, que

“tal consulta no solo impone a las partes la necesidad de trasladarse a la ciudad de Caracas para darle seguimiento a la causa, con los gastos adicionales que ello ocasiona, sino que representa la postergación de la orden de ejecución del amparo, lo cual no resulta acorde con los principios constitucionales de celeridad y economía procesal ni con el derecho a la tutela judicial efectiva.”

En cuanto a la otra motivación de la interpretación de “impedir que el procedimiento de desacato pudiera ser empleado como mecanismo de presión, amenaza, coacción o apremio,” la Sala se recordó que conforme al “criterio vinculante” establecido en la sentencia N° 245 del 9 de abril de 2014, “toda decisión judicial que declare el desacato e imponga la sanción de prisión establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, debe ser remitida para su consulta a este órgano jurisdiccional antes de ser ejecutada,” conservando este mecanismo de control.

Por tanto, “con base en ello,” la Sala en esta sentencia N° 416 de 2 de agosto de 2022 abandonó “el criterio establecido con carácter vinculante en sentencia N° 145 de fecha 18 de junio de 2019, “razón por la cual:

“a partir de la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela⁷ y en la *Gaceta Judicial*, los Tribunales que conozcan las denuncias de incumplimiento o desacato de los mandamientos de amparo constitucional conforme el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales **no deben remitir a esta Sala el expediente para su consulta**, manteniéndose vigente los criterios establecidos en sentencias números 138 de fecha 17 de marzo de 2014, referido a la convocatoria de una audiencia constitucional para determinar si hubo o no desacato, y 245 del 9 de abril de 2014, contentivo de la obligación de remitir en consulta *per saltum* a esta Sala Constitucional, copia certificada de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 *eiusdem*, antes de proceder a su ejecución.” (negritas en el original)

La consecuencia de ello fue por último, la orden de remitir a la brevedad a los Tribunales de la causa, “todas las causas” que estaban cursando ante la Sala Constitucional, “mediante auto en el cual no se examinará la favorabilidad a trámite de la denuncia de desacato que establecía la sentencia N° 145 del 18 de junio de 2019,” ordenándose en cambio en dichos autos “la continuación del procedimiento de ejecución del mandamiento de amparo constitucional conforme los criterios previstos en las sentencias números 138 y 245 de fechas 17 de marzo y 9 de abril de 2014, respectivamente.

La Sala Constitucional, bien tardíamente, en este *obiter dictum* que fue incorporado en la cuarta de las interpretaciones vinculante que ha formulado sobre artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, se percató que lo que había estado haciendo no era otra cosa que, usurpando las funciones legislativas, actuando como legislador positivo,⁸ reformando la norma, razón por la cual ordenó remitir el fallo a la Asamblea Nacional:

“a los fines de que consideren la pertinencia de discutir una posible reforma del Título IV de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, específicamente en lo relativo al procedimiento de ejecución de sentencias.”

⁷ *Gaceta Oficial* No. 42.449 de 26 de agosto de 2022.

⁸ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2012.

95. LA SENTENCIA DICTADA EN EL CASO DEL ORO VENEZOLANO DE LONDRES DICTADA POR LA HIGH COURT OF JUSTICE. BUSSINES AND PROPERTY COURTS OF ENGLAND AND WALES. COMMERCIAL COURT (QBD), EL 29 DE JULIO DE 2022, NEGANDO EL RECONOCIMIENTO EN EL REINO UNIDO DE SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

Revista de Derecho Público, N° 171-172, julio-dic. 2022,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 351-366

Resumen: *Este Comentario jurisprudencial analiza los procesos judiciales que se ha desarrollado ante las Cortes del Reino Unido, para determinar quién tiene la autoridad para dar instrucciones sobre las reservas internacionales de Venezuela en Oro depositadas en el Banco de Inglaterra, a raíz del reconocimiento por parte del Gobierno británico del Sr. Juan Guaidó como Presidente interino de Venezuela, y del consecuente desconocimiento del Sr. Nicolás Maduro como tal Presidente. Las Cortes británicas, siguiendo el principio de “una sola voz,” han reconocido sin discusión la validez de los actos dictados por el Sr. Guaidó, y, además, han negado el reconocimiento de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela anulatorias de sus actos, ante todo por haber sido dictadas in audita parte en violación de los principios de justicia natural (debido proceso).*

Palabras Clave: *Gobiernos extranjeros. Reconocimiento internacional; Acto de Estado. Doctrina. Sentencias extranjeras. Reconocimiento. Debido proceso.*

Abstract: *This article analyzes the judicial processes that has been developed before the Courts of the United Kingdom, to determine who has the authority to give instructions on the Venezuelan international reserves in Gold deposited in the Bank of England, following the recognition by the British Government of Mr. Juan Guaidó as Interim President of Venezuela, and the consequent non recognition of Mr. Nicolás Maduro as such President. The British Courts, following the principle of “one voice,” have recognized without discussion the validity of the acts dictated by Mr. Guaidó, and in addition, have denied the recognition of the judgments of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela annulling his acts, first of all for having been issued in audita parte in violation of natural justice principles (due process).*

Key words: *Foreign governments. International recognition; Act of State. Doctrine; Foreign judgments. Recognition; Due process.*

Desde el año 2019 en las Cortes del Reino Unido se ha venido desarrollando un proceso judicial que bien puede denominarse como el *Caso del Oro venezolano de Londres*, con el objeto de determinar quién tiene el control de las reservas internacionales de la República de Venezuela depositadas en lingotes de oro en el Banco de Inglaterra y otra institución financiera, particularmente entre la Junta del Banco Central de Venezuela designada por el Sr. Nicolás Maduro, quien actúa en Venezuela como Presidente de la República (denominada en las cortes británicas como “Junta de Maduro”) o la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela designada por el Sr. Juan Guaidó, quien como Presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela, asumió en febrero de 2019, en el marco del *Estatuto de Transición a la democracia* dictado por la

Asamblea Nacional en febrero de 2019,¹ la condición de Presidente encargado de Venezuela (designada igualmente en las cortes británicas como “*Junta de Guaidó*”), quien ha sido reconocido como legítimo gobierno de Venezuela, entre otros por el gobierno del Reino Unido.

Tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia (*The Supreme Court*) del Reino Unido en la sentencia que dictó en el caso el 20 de diciembre de 2021, de lo que se trata en dichos procesos judiciales es de determinar cuál de las dos mencionadas Juntas tiene derecho, *por una parte*, a dar instrucciones en nombre del Banco Central de Venezuela a dichas instituciones financieras en el Reino Unido en relación con reservas de oro de aproximadamente US \$ 1.95 mil millones que el BCV depositados en lingotes en el Banco de Inglaterra; y por la otra, a representar al Banco Central en un arbitraje que se inició en 2019 ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en relación con aproximadamente US \$ 120 millones que el Deutsche Bank AG. tenía en custodia con base en un contrato de intercambio de oro del Banco Central de Venezuela y que había pagado a los receptores designados por el tribunal británico para mantenerlos en nombre de dicho Banco Central.

Por dichos montos, se trata, sin duda, del caso judicial más importante en el cual ha estado involucrado el Estado venezolano en toda su historia, pues como lo expresó la Alta Corte de Justicia Comercial en su sentencia de 29 de julio de 2022, el mismo, en esencia, se refiere “al control de aproximadamente la mitad de las importantes reservas de oro de la República de Venezuela, por un valor aproximado de US\$ 1950 millones, que están en poder del Banco de Inglaterra y la suma de aproximadamente US\$120 millones en poder de los síndicos designados por la Corte” (par. 1).

I. ALGO SOBRE EL ORIGEN POLÍTICO DE LA CONTROVERSIA: EL RECONOCIMIENTO POR EL GOBIERNO BRITÁNICO EN 2019, DEL GOBIERNO TRANSITORIO DE VENEZUELA

Como se dijo, en febrero de 2019, la Asamblea Nacional de Venezuela, dictó un *Estatuto de Transición a la democracia*, en el cual se trazó la ruta para la recuperación de la democracia en Venezuela, el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, el cese de la usurpación por parte del Sr. Nicolás Maduro, y la realización de elecciones libres y confiables.

El inicio de la crisis política que llevó a la sanción de ese Estatuto se puede situar en la convocatoria que hizo el Sr. Maduro como Presidente de la República, de una Asamblea Nacional Constituyente, en violación del derecho del pueblo que es el único que puede convocar dicha institución mediante refrendo. Esa inconstitucional y fraudulenta Asamblea Constituyente se eligió además mediante un sistema electoral de corte fascista, violatorio de la universalidad del voto,² habiendo usurpado la función legislativa de la Asamblea Nacional.

Y fue esa Asamblea Constituyente la que, usurpando también las funciones del Consejo Nacional Electoral, procedió a convocar una elección presidencial anticipada que se realizó el 20 de mayo de 2018, en realidad, con el único propósito de “reelegir” anticipadamente a Nicolás Maduro para el período 2019-2025.

Dicha elección o supuesta reelección, fue desconocida tanto por toda la comunidad institucional del país como por la mayoría de la Comunidad internacional, siendo calificada por la propia Asamblea Nacional, el 22 de mayo de 2018 como una farsa, pues se realizó sin que se garantizara ninguna de las condiciones mínimas para unas elecciones libres y justas. La Asamblea Nacional, por tanto, como órgano de representación popular, desconoció formalmente su supuesto resultado, es decir, la supuesta reelección de Maduro, que fue declarada como ilegítima e inexistente.³

¹ 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.

² Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Editores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017.

³ 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.

Así fue también declarado y considerado por la mayor parte de la Comunidad internacional, entre otros, por los países del Grupo de Lima y por la Organización de Estados Americanos.⁴

Ello implicó que para cuando llegó el momento de la toma de posesión del Presidente de la República para el período 2019-2025, como en el país no había presidente alguno electo legítimamente, la Asamblea Nacional, única institución del Estado con legitimidad democrática, en enero de 2019, después de declarar al Sr. Maduro como usurpador, en su carácter de intérprete primario de la Constitución, y ante la falta absoluta de presidente legítimo que pudiera tomar posesión del cargo, reconoció al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado conforme a la Constitución, dictando el Estatuto para la transición democrática con vigencia hasta que cese la usurpación y se puedan realizar elecciones presidenciales libre y justas en el país. Ello fue respaldado por la comunidad institucional nacional, y en la comunidad internacional por más de cincuenta Estados, incluyendo esta vez también a la Unión Europea.⁵

Específicamente, el día 4 de febrero de 2019, el Sr. Juan Guaidó fue expresamente reconocido como presidente encargado de Venezuela por el Reino Unido, mediante declaración que emitió el Sr. Jeremy Hunt, secretario de Estado para Relaciones Exteriores y de la Mancomunidad de Naciones, en la cual expresó que:

“El Reino Unido reconoce ahora a Juan Guaidó como presidente interino constitucional de Venezuela, hasta que se puedan celebrar elecciones presidenciales creíbles.

El pueblo venezolano ya ha sufrido bastante. Es hora de un nuevo comienzo, con elecciones libres y justas de acuerdo con las normas democráticas internacionales.

La opresión del régimen ilegítimo y cleptocrático de Maduro debe terminar. Aquellos que sigan violando los derechos humanos de los venezolanos comunes y corrientes bajo un régimen ilegítimo serán llamados a dar cuenta. El pueblo venezolano merece un futuro mejor.”⁶

Como el reconocimiento se hizo condicionado –“*hasta que se puedan celebrar elecciones presidenciales creíbles*”–, demostrando el repudio de las elecciones presidenciales de 2018, estas declaraciones fueron ratificadas después de la reelección del diputado Juan Guaidó como presidente de la Asamblea, el 5 de enero de 2020, cuando el día siguiente, el 6 de enero de 2020, el Reino Unido emitió una declaración en la cual expresó que:

“condena las medidas adoptadas por el régimen de Maduro para bloquear y frustrar por la fuerza el proceso democrático de la Asamblea Nacional Venezolana el 5 de enero. Sus intentos de impedir la reelección de Juan Guaidó ignoran los intereses tanto del país como de su pueblo, socavan el respeto de las instituciones y principios democráticos y el Estado de derecho. Se debe permitir a la Asamblea operar legalmente y cumplir con sus responsabilidades sin temor ni impedimento. El Reino Unido subraya su apoyo al Presidente constitucional interino Guaidó y sus esfuerzos por conducir a Venezuela hacia una resolución pacífica y democrática de la terrible crisis a la que se enfrenta el país.”⁷

Posteriormente, con motivo de la realización de elecciones parlamentarias fraudulentas en diciembre de 2020,⁸ el Reino Unido emitió otra declaración el 17 de junio de 2020, indicando que:

“El Reino Unido está profundamente preocupado por la decisión de la Corte Suprema de Venezuela de anunciar el nombramiento de los miembros al Consejo Nacional Electoral (CNE) el 12 de junio sin la aprobación de la Asamblea Nacional, en clara contravención de la Constitución de Venezuela.

⁴ Véase los comunicados en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana International, 2020

⁵ Véase José Ignacio Hernández G., *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020

⁶ Ver <https://www.gov.uk/government/news/uk-recognises-juan-guaido-as-interim-president-of-venezuela>. Traducción libre. Véase José Ignacio Hernández, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2022

⁷ Foreign & Commonwealth Office, comunicado de prensa, -Crisis in Venezuela: Foreign Office statement- 6 de enero de 2020 en: <https://www.gov.uk/government/news/fco-statement-on-venezuela>. Traducción libre.

⁸ -Estados Unidos condena el último paso de Maduro para preparar las próximas elecciones venezolanas-, comunicado de prensa, Michael R. Pompeo, Secretario de Estado, en: <https://www.state.gov/the-united-states-condemns-maduros-latest-step-to-rig-the-next-venezuelan-election/>

Las elecciones presidenciales de 2018 no fueron libres, justas o creíbles. Desde enero de 2019, el Reino Unido ha sido claro y coherente en su reconocimiento a Juan Guaidó como Presidente Constitucional Interino de Venezuela, habiendo expresado que:

“Es vital que se dé al pueblo de Venezuela la oportunidad de votar pronto en las elecciones presidenciales libres, justas y efectivamente supervisadas. El Reino Unido considera que este es un paso esencial para poner fin a las crisis políticas y de otro tipo que Venezuela está sufriendo y para restablecer la democracia.”⁹

II. LOS JUICIOS ANTE LAS CORTES BRITÁNICAS Y SU ACUMULACIÓN

En el anterior contexto político y específicamente por el reconocimiento que el gobierno británico ha hecho del Sr. Guaidó, como Presidente encargado de Venezuela, y el consecuente desconocimiento del Sr. Maduro como tal Presidente del país, es que se ha desarrollado el caso judicial en el Reino Unido, el cual ha sido objeto de varias decisiones judiciales, y entre ellas, las más importantes, la sentencia de la Supreme Court británica de 20 de diciembre de 2021, en la cual resolvió temas fundamentales de derecho internacional privado como es el del reconocimiento de un Jefe de Estado extranjero por el gobierno británico y el de la doctrina del “acto de Estado” vinculada a dicho reconocimiento; y la otra, la sentencia de la Corte Comercial (High Court of Justice. Business and Property Courts of England and Wales. Commercial Court (QBD) del 20 de julio de 2022, sobre el tema igualmente fundamental del reconocimiento por los tribunales del Reino Unido de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, y en particular, de unas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictadas en 2019 y 2020, mediante las cuales se habían “anulado” todos los actos dictados por la Asamblea nacional y el Presidente interino de Venezuela, incluido y propio Estatuto de Transición a la democracia.

Específicamente, el caso tuvo su origen en dos juicios iniciados ante la Alta Corte Comercial de Inglaterra y Gales en 2019:

El primer juicio se inició como consecuencia de una demanda arbitral intentada ante la High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales. Queen’s Bench Division, Commercial Court el 13 de mayo de 2019, por el *Deutsche Bank AG*, London Branch, contra el Banco Central de Venezuela solicitando el nombramiento de síndicos para mantener y administrar los ingresos provenientes de un contrato de intercambio de oro que el Banco alemán había celebrado con dicho Banco Central de Venezuela. El contrato de *swap* se regía por la ley inglesa y preveía que las disputas se resolvieran mediante arbitraje de la *Court of International Arbitration* (“LCIA”) en Londres.

La demanda se intentó porque el Deutsche Bank había recibido instrucciones contradictorias con respecto al pago del producto del contrato de permuta de oro, que había recibido tanto de la Junta Directiva del Banco Central de Venezuela designada por Nicolás Maduro como de la Junta Ad-Hoc del mismo Banco designada por Juan Guaidó.

El *segundo juicio* se inició con una demanda intentada el 14 de mayo de 2020 por el Banco Central de Venezuela, bajo instrucciones de la Junta de Maduro, contra el Banco de Inglaterra, alegando que se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales al no aceptar las instrucciones de la Junta de Maduro en relación con el pago de las reservas de oro del Banco Central de Venezuela que tenía. El Banco de Inglaterra también había recibido instrucciones contradictorias, de las dos Juntas, habiendo formulado ante la Corte una petición para determinar bajo qué instrucciones estaba el Banco autorizado para actuar, o de la Junta de Maduro o de la Junta de Guaidó.

Los dos juicios fueron acumulados por la Corte Comercial, y con ocasión de las peticiones formuladas, el tema preliminar que la misma estimó que debía considerar y decidir para ambos juicios fue el del reconocimiento, por parte del Gobierno del Reino Unido, del Gobierno de Juan Guaidó.

Y así, luego de las audiencias celebradas en junio de 2020, el Juez Teare J. de la Corte Comercial decidió el caso el 2 de julio de 2020, a favor de la Junta de Guaidó, sobre la base de que el Gobierno británico había reconocido al Sr. Guaidó en su capacidad de Presidente constitucional interino de Venezuela, de lo que resultaba, con base en el principio de “una sola voz,” que el Sr. Maduro no era reconocido como presidente constitucional de Venezuela.

⁹ Véase también: -Crisis in democratic process in Venezuela: Foreign Office statement, 17 June 2020-, Foreign & Commonwealth Office, en <https://www.gov.uk/government/news/crisis-in-venezuela-foreign-office-statement-17-june-2020>. Traducción libre.

Sobre el tema del acto de Estado, la Corte Comercial decidió que no era de su competencia considerar sobre la validez y/o constitucionalidad, conforme al derecho venezolano, de: (a) el Estatuto de Transición; b) los Decretos N° 8 y No. 10 dictados por el Sr. Guaidó de nombramiento de la Junta Ad-Hoc del Banco Central de Venezuela; c) el nombramiento de José Ignacio Hernández como Procurador General Especial; d) el nombramiento de la Junta ad hoc del Banco Central de Venezuela; y/o e) la Resolución de la Asamblea Nacional de fecha 19 de mayo de 2020.

La Corte Comercial consideró que en virtud del reconocimiento por el Gobierno británico del Sr. Guaidó, como Presidente interino, estaba obligada a considerar esos actos como válidos y eficaces, sin revisarlos. Es decir, el principio de “una sola voz” le impedía revisar y analizar sobre la validez de tales actos, razón por la cual, los mismos fueron considerados como actos de Estado extranjeros, no justiciables, sobre los cuales la Corte carecía de jurisdicción debido a la inmunidad en la materia.

III. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE DE APELACIONES Y LA SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 2019

La decisión del Juez Teare J fue apelada por la Junta de Maduro ante la Corte de Apelaciones, cuyos jueces Lewison, Males and Phillips LJ, luego de varios incidentes, el 5 de octubre de 2020 admitieron la apelación bajo la opinión del Juez Males LJ, considerando sobre el tema del reconocimiento, que si bien desde el 4 de febrero de 2019 el Gobierno británico había reconocido formalmente al Sr. Guaidó como el Presidente de jure de Venezuela, es decir, como “la persona con derecho a ser considerado como el Presidente de Venezuela,” ese reconocimiento, sin embargo, había sido como “Jefe de Estado,” pero no como “Jefe de gobierno,” considerando entonces que el mismo no era concluyente de conformidad con el principio de “una sola voz” a los efectos de determinar las cuestiones planteadas en el juicio.

Consideró la Corte de Apelaciones que si bien dicho reconocimiento fue concluyente con el propósito de determinar quién era el presidente *de jure* de Venezuela, dejaba abierta la posibilidad de que el Gobierno británico pudiera reconocer implícitamente al Sr. Maduro como el presidente *de facto* de Venezuela.

Es decir, en definitiva, la Corte de Apelaciones consideró que antes de que se pudiera dar una respuesta definitiva sobre la cuestión del reconocimiento, era necesario determinar primero si: (1) el Gobierno de su Majestad Británica reconocía al Sr. Guaidó como Presidente de Venezuela a todos los efectos y, por lo tanto, no reconocía al Sr. Maduro como Presidente para ningún propósito o (2) el Gobierno británico reconocía al Sr. Guaidó como el Presidente de Venezuela y, por lo tanto, con derecho a ejercer todos los poderes del Presidente, pero también reconocía Maduro como la persona que de hecho ejerce algunos o todos los poderes del Presidente de Venezuela.

IV. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA SENTENCIA DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2021

La sentencia de la Corte de Apelaciones fue apelada por la Junta de Guaidó, ante la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido y la misma, conformada por Lord Reed, Presidente, Lord Hodge, Vicepresidente, Lord Lloyd-Jones, Lord Hamblen y Lord Leggatt, bajo la ponencia de Lord Lloyd-Jones, dictó sentencia el 20 de diciembre de 2021¹⁰ resolviendo la apelación, a la cual se adhirió la Junta de Maduro, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Sobre el tema del reconocimiento y el principio de “una sola voz”

Sobre el tema del reconocimiento de gobiernos extranjeros, las conclusiones de la Corte Suprema en el caso fueron las siguientes:

(1) El Gobierno de su Majestad (HMG) ha reconocido desde el 4 de febrero de 2019 al Sr. Guaidó como Presidente constitucional interino de Venezuela hasta que puedan celebrarse elecciones presidenciales creíbles.

(2) Desde el 4 de febrero de 2019, HMG no ha reconocido al Sr. Maduro como Presidente de Venezuela para ningún propósito” (par.110).

Estas conclusiones la Corte consideró que se desprendían de la declaración del Sr. Hunt de 4 de febrero de 2019, de la carta del Sr. Shorter de fecha 19 de marzo de 2020 y las declaraciones adicionales hechas ante el tribunal en nombre del Secretario de Asuntos Exteriores, “cuyas declaraciones son concluyentes bajo el principio de una sola voz” (par. 110).

¹⁰ Véase e texto en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0195.html>

2. *Sobre el tema del acto de Estado*

Resuelto el primer tema, la Corte Suprema consideró que debía examinar si existía una norma que prohibiera a los tribunales del Reino Unido cuestionar un acto del Poder Ejecutivo de un Estado extranjero, independientemente de si el acto es lícito o ilícito conforme a la ley de ese Estado (par. 118).

Luego de analizar la doctrina jurisprudencial sentada en la materia en el Reino Unido e, incluso, en los Estados Unidos, la Corte Suprema concluyó afirmando que en el Reino Unido existía:

“una norma según la cual los tribunales de esta jurisdicción no decidirán ni juzgarán sobre la legalidad o validez en virtud de su propia legislación de un acto ejecutivo de un Estado extranjero, realizado en el territorio de ese Estado” (par. 135).

Entre dichos actos ejecutivos quedaban incluidos precisamente los actos de nombramiento de la Junta ad-hoc del Banco Central de Venezuela (par. 146) y del Procurador General especial por parte del Presidente interino Sr. Guaidó (par. 149).

3. *Sobre el reconocimiento de sentencias del TSJ anulatorios de los actos del gobierno interno*

Sobre el alegato de la Junta de Maduro de que dichas decisiones del Presidente Interino habían sido anuladas por sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que solicitaba fueran reconocidas por las Cortes británicas, citando al Juez Males LJ de la Corte de Apelaciones, expresó la Corte Suprema que el reconocimiento de “una decisión del tribunal extranjero, actuando dentro de su propia esfera de responsabilidad en virtud de la constitución del Estado extranjero,” debe hacerse “de acuerdo con los principios de cortesía y separación de poderes” (para 169). De ello, dedujo la Corte Suprema, que el caso bajo su consideración, en definitiva, se centraba en el *status* de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en las que se basaba la Junta de Maduro en sus alegatos, mediante las cuales se habían anulado los actos del Presidente interino Guaidó, en particular los de nombramiento del Procurador General especial y de la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela.

En criterio de la Corte Suprema “esas sentencias no atraen por sí mismas la protección de ningún acto de gobierno estatal. La cuestión es si, y en caso afirmativo, en qué medida, deben ser reconocidos o aplicados por los tribunales de esta jurisdicción.” (para 170). Ello implicaba, según la Corte Suprema, considerar cuestiones que quedaban fuera de las cuestiones preliminares que se le habían sometido y que no se habían abordado en los argumentos que se formularon ante la misma, habiendo entonces decidido remitir dicha cuestión para su ulterior examen y decisión por parte de la Corte Comercial (para 170).

A tales efectos, la Corte Suprema del Reino Unido en su sentencia de 20 de diciembre de 2021, formuló la siguiente “Conclusión,” en la cual expresó que declaraba con lugar la apelación formulada por la Junta de Guaidó y desestimaba la adhesión a la apelación (*cross-appeal*) que había formulado la Junta de Maduro, por las siguientes razones:

“(1) Los tribunales de esta jurisdicción están obligados por el principio de una sola voz, a aceptar las declaraciones del Ejecutivo que establecen que el Sr. Guaidó es reconocido por HMG como el Presidente interino constitucional de Venezuela, y que el Sr. Maduro no es reconocido por HMG como Presidente de Venezuela para ningún propósito” [Esta conclusión la emitió la Corte como una una “*declaratory relief to that effect*”].

(2) a) Existe una norma de derecho interno conforme a la cual, con sujeción a importantes excepciones, los tribunales de esta jurisdicción no decidirán ni juzgarán sobre la legalidad o validez con arreglo a su propia legislación de un acto ejecutivo de un Estado extranjero, realizado en el territorio de ese Estado.

b) Existe una norma de derecho interno conforme a la cual, con sujeción a importantes excepciones, los tribunales de esta jurisdicción reconocerán y no cuestionarán el efecto de la legislación de un Estado extranjero u otras leyes en relación con cualquier acto que tenga lugar o surta efecto en el territorio de ese Estado.

En consecuencia, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 3) siguiente, los tribunales de esta jurisdicción no cuestionarán la legalidad o validez de: i) los Decretos Nos 8 y 10 emitidos por el Sr. Guaidó; ii) el nombramiento del Procurador General Especial; o (iii) el nombramiento de la Junta Administrativa Ad Hoc del Banco Central de Venezuela (es decir, la Junta de Guaidó).

(3) Sin embargo, en acuerdo con lo decidido por la Corte Apelación, consideró que, en la medida en que la Junta de Maduro pueda basarse en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia a las que los tribunales de esta jurisdicción deberían otorgar reconocimiento o efecto de conformidad con las normas nacionales de derecho internacional privado y el orden público del foro, no se aplicarían las normas identificadas en el párrafo 2(a) y (b) anteriores” (par. 181).

De ello, concluyó la Corte Suprema que era necesario que el procedimiento se remitiera a la Corte Comercial para que la misma considerase si las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia debían ser reconocidas o hacerse efectivas en la jurisdicción de las Cortes británicas (par. 181).

La Corte Comercial, con ello, debía resolver un tema que es clásico del derecho internacional privado, que el de determinar cuándo los tribunales de un país deben reconocer los efectos de sentencias extranjeras, respecto de lo cual cada país fija las condiciones para ello, tal como por ejemplo sucede en Venezuela donde la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998,¹¹ entre los requisitos para que “las sentencias extranjeras tengan efecto en Venezuela,” establece el necesario respeto de las reglas del debido proceso, específicamente, que las mismas se hayan dictado en juicios en los cuales “el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa” (art. 53.5).

V. LA SENTENCIA DE LA ALTA CORTE COMERCIAL DE 29 DE JULIO DE 2022

Conforme a las instrucciones formuladas por la Corte Suprema, la Corte Comercial oyó el caso, y luego de las audiencias de julio de 2022, lo decidió mediante sentencia del 29 de julio de 2022,¹² en la cual dirigió su atención precisamente a estudiar las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela como lo había instruido la Corte Suprema, cuyo reconocimiento se había solicitado por la Junta de Maduro, delimitando las cuestiones a considerar (par. 131) en la siguiente forma:

Cuestión 1: Si las sentencias del Tribunal Supremo de Venezuela, cuyo reconocimiento se solicitó, limitaban la aplicación del principio de que el reconocimiento por parte del Gobierno del Reino Unido del Sr. Juan Guaidó como Presidente interino no puede ser cuestionado por las Cortes británicas, y:

a) si las mismas identifican y declaran explícitamente que los Actos Ejecutivos del Presidente Guaidó son nulos, es decir, si son sentencias “anulatorias;” o

b) si las mismas, por su razonamiento y efectos, demuestren y/o declaren implícitamente que los Actos Ejecutivos son inválidos y nulos.

Cuestión 2: En el caso de que las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó fueran anulatorias de actos ejecutivos, si las mismas deben:

“ser reconocidas con arreglo a las normas inglesas de derecho internacional privado, es decir, si son de un tipo que puede ser reconocidas como sentencias *in rem*, es decir, dictadas con “jurisdicción internacional.”

En el caso de que las respuestas anteriores fueran afirmativas, de tal manera que las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó deban ser reconocidas, la Corte debía determinar si dicho reconocimiento está excluido por cualquiera de las siguientes defensas planteadas por la Junta de Guaidó:

“a) mediante el funcionamiento de la “doctrina de una sola voz” (**Cuestión 3**); y/o b) por los principios de justicia natural y/o la garantía de un juicio justo (**Cuestión 4**); y/o c) como cuestión de orden público en circunstancias en las que se alega que el reconocimiento interferiría con la política exterior de HMG (**Cuestión 5**)” (par. 131).

Sobre estas cuestiones, la Corte Comercial precisó que era aceptado por las partes que la Junta de Maduro tenía la carga de la prueba en las cuestiones 1 y 2, y que la Junta de Guaidó tenía la carga de la prueba sobre las defensas indicadas en las cuestiones 3-5 inclusive (par. 132).

1. Sobre el carácter anulatorio de las sentencias de la Sala Constitucional

Como lo dijo la Corte Comercial, en el centro del debate estaban las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela cuyo reconocimiento se solicitó por la Junta de Maduro (par. 133), y entre ellas, aquellas que declararon nulos los actos ejecutivos dictados por Juan Guaidó como Presidente interino relativos al nombramiento del Procurador General Especial (Sentencias No. 74 de 11 de abril de 2019, Sentencia N. 3 de 29 de enero de 2020, No. 59 de 22 de abril de 2020), y los actos relativos al nombramiento de la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela (Sentencia No. 247 de 25 de julio de 2019 y No. 67 del 26 de mayo de 2020) (par. 148).

¹¹ Véase Gaceta Oficial N° 36.511 de 6 de agosto de 1998.

¹² Véase el texto de la sentencia en: <https://www.judiciary.uk/judgments/deutsche-bank-v-central-bank-of-venezuela-and-banco-central-de-venezuela-v-bank-of-england/>

Sobre la declaratoria de nulidad de dichos actos ejecutivos en esas sentencias, la Corte Comercial destacó el acuerdo que hubo entre los Expertos Legales que testificaron en el caso (par. 149), y estableció que era sobre ellas respecto de las cuales dirigía su decisión (par. 150), en el sentido de determinar si podían ser reconocidas en las Cortes el Reino Unido.

2. Sobre la cuestión del reconocimiento de las sentencias por sus características

Pasó la Corte Comercial a considerar entonces el tema del reconocimiento, refiriéndose a la cuestión de si las sentencias eran de carácter *in personam* o *in rem* de acuerdo con el derecho inglés (par. 151-153), distinción que no se aplica en el derecho venezolano como los Expertos Legales lo expresaron en su Memorándum conjunto, pues en el derecho venezolano en materia de control de constitucionalidad lo que se distingue son los efectos *inter partes* de las sentencias en los casos de control difuso de constitucionalidad, de los efectos *erga omnes* en las sentencias en los casos de control concentrado de constitucionalidad.¹³

Como lo expresó la Corte Comercial en su sentencia, los efectos *erga omnes* de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional ejerciendo el control concentrado de constitucionalidad, que son efectos generales, se dice (y así lo expresaron los Expertos Legales) que “son similares” a los que producen las sentencias *in rem* en el derecho inglés, pero precisando la Juez Cockehill que: “sin embargo, no se dice que sean *in rem* y la Junta de Guaidó sostiene (y esto no está realmente en cuestión) que quedan fuera del ámbito de las categorías de sentencias que este tribunal clasifica como sentencias *in rem*” (par. 153).

Este concepto de sentencias *in rem*, del latín “contra una cosa,” se utiliza en el derecho inglés básicamente respecto de sentencias sobre propiedad de bienes concernientes al estatus de una determinada propiedad generalmente inmueble, como lo analizó la sentencia de la Corte Comercial (par. 164), y que como tal se considera que se aplica “para todo el mundo” en sentido literal, y no solo para a todas las personas. La Corte Comercial concluyó descartando la aplicación del concepto *in rem* a las sentencias *erga omnes* de la Sala Constitucional que pretendían los abogados de la Junta de Maduro cuando argumentaron erradamente que eran lo mismo y que la diferencia solo era del latín (par 162, 163). La Juez Cockehill de la Corte Comercial, al contrario, consideró que se trataba de conceptos distintos, que en el derecho venezolano no se utiliza ese concepto de sentencias *in rem* (par. 169), y que:

“Como cuestión de principio y con base en los precedentes considero que no es correcto que sea lo mismo - *erga omnes* significa literalmente “hacia todos” y, por lo tanto, es un término *prima facie* dirigido a las obligaciones generalmente debidas. Si bien los conceptos a veces pueden eludirse, *Air Foyle* demuestra que está claro que no lo hacen necesariamente -, y también que la Corte no estará dispuesta a conceder el status *in rem* a una sentencia que, cualquiera que sea su expresión, no es de su naturaleza *in rem*” (par. 170).

Con base en lo anterior, la Corte Comercial desechó el argumento de la Junta de Maduro de que tal status (*in rem*) debía ser reconocido a las sentencias de la Sala Constitucional dado el hecho de que se habían hecho del conocimiento internacional (par. 171), hecho que la Corte Comercial consideró que nada cambiaba, pues “una sentencia tiene el status que tiene y el mismo no puede cambiar por el hecho de que tenga una amplia difusión, o porque así se quiera” (par. 175).

En este punto, la Juez Cockehill consideró que a pesar de las posibles similitudes en los *efectos generales* de las sentencias *in rem* y de las sentencias *erga omnes*, lo cierto es que no puede haber equivalencia ni sustantiva ni procedimental, pues en las sentencias *erga omnes* falta una importante característica de las sentencias *in rem* (el que se aplican en *todo el mundo*), pues al contrario tienen solo efectos generales territoriales. La Juez Cockehill destacó, en este punto, que:

“La evidencia del Prof. Brewer-Carías fue clara en el contra interrogatorio de que el principio *erga omnes* era territorial en su efecto: “mi comentario sobre la similitud es porque tienen efectos generales *erga omnes*. Se trata de asuntos de efectos generales, pero las decisiones en Venezuela, como lo son en general, son territoriales. Somos mucho más modestos [y no tomamos] decisiones para todo el mundo.” (par. 176).

Y para concluir, la Corte Comercial precisó que “otra distinción podría decirse que existe, y es que en general, las sentencias reconocidas como *in rem* son aquellas en las que las partes interesadas están representadas; *lo cual no es el caso aquí*” (par. 177), de lo que concluyó la Corte en su sentencia afirmando “que

¹³ Observo que en la sentencia (par. 154, 155), hay unas referencias a lo que expresé en mis Informes que no son del todo exactas pues las sentencias dictadas por la Sala Constitucional como consecuencia de los recursos de interpretación abstracta de la Constitución, en mi criterio, por su naturaleza y objeto tienen efectos *erga omnes* (*Memorándum Conjunto de Expertos*, punto 10 de Coincidencia de Opinión); las sentencias dictadas por los tribunales al control difuso de constitucionalidad tienen efectos *inter partes* (par. 28 del *Tercer Informe*); y las sentencias dictadas por la Sala Constitucional al ejercer el control concentrado de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* (par. 32 del *Tercer Informe*).

la naturaleza *erga omnes* de una decisión no le otorga equivalencia con los efectos *in rem*” (par. 178), desechando por tanto el argumento de la Junta de Maduro de que las sentencias anulatorias de actos estatales cuyo reconocimiento se había solicitado debían ser reconocidas por supuestamente tener ese status *in rem* (par. 183 -188), dándole la razón a la Junta de Guaidó (par. 189).

3. Sobre el tema de “una sola voz”

Sobre el tema del reconocimiento de las sentencias extranjeras y el principio “una voz,” la Corte Comercial recordó la instrucción de la Corte Suprema de que:

“el orden público del foro incluirá necesariamente la regla fundamental del derecho constitucional del Reino Unido de que el ejecutivo y el judicial deben hablar con una sola voz sobre cuestiones relacionadas con el reconocimiento de estados, gobiernos y jefes de estado extranjeros” [170] (par. 191).

En esta cuestión, la Juez Cockehill destacó la falta de acuerdo entre las partes en el caso, en el sentido de que, por una parte, la Junta de Maduro estimaba que el no reconocimiento de Guaidó como Presidente no era necesariamente parte del razonamiento de las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó; y por la otra, la Junta de Guaidó estimaba que el reconocimiento de las sentencias entraría en conflicto con el reconocimiento del Gobierno británico del Sr. Guaidó como Presidente (par. 192).

La Corte Comercial, en relación con esta cuestión afirmó de entrada que no tenía duda que el argumento de la Junta de Guaidó era el correcto (par. 194, 195), desechando todo intento de parte de los abogados de la Junta de Maduro de argumentar que en las sentencias había otros razonamientos además del no reconocimiento del Sr. Guaidó como Presidente (par. 196), lo que no afectaba la esencia del tema que era que las sentencias se referían a actos ejecutivos del Sr. Guaidó (par 205), las cuales, como lo expresaron ambos los Expertos Legales, declararon nulas todas las decisiones de la Asamblea Nacional y de Guaidó como Presidente interino (par. 206, 207).

La indicación en el *Memorándum Conjunto* de los Expertos Legales de que ello se hizo en las sentencias “sin perjuicio” de otros argumentos (par. 209), no implicaba que había análisis separados o distintos ni afectaba la esencia de la cuestión de que las sentencias no reconocían a Guaidó como Presidente de la República (par. 209), y en las mismas, la posición del Sr. Guaidó y la posición de la Legislatura que lo puso en tal posición es incapaz de ser distinguida o desenredada” (par. 210).

En definitiva, como lo expresó la Corte Comercial en su sentencia, el Tribunal Supremo de Justicia “considera que los actos de Guaidó no son válidos porque no lo considera como Presidente interino sino como un ciudadano privado; y lo considera como un ciudadano privado porque no reconoce los actos de la Asamblea Nacional que, según él, le dieron ese poder.” En otras palabras,

“al impugnarse las acciones de la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia impugna el nombramiento de Guaidó, que constituye la base de su reconocimiento. Y de nuevo las sentencias están ricamente llenas de declaraciones que o bien afirman que Maduro es Presidente, o bien asumen que lo es (y que sus nombramientos son válidos)” (par. 211).

Por todo lo expuesto, la Corte Comercial concluyó que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que declaran los actos de Mr. Guaidó nulos y cuyo reconocimiento se solicitó a las Cortes inglesas, desconocen su status como Presidente de Venezuela y declaran que ha usurpado esa posición (par. 217(ii)), razón por la cual “no deben ser reconocidas porque hacerlo estaría en conflicto con la doctrina de “una sola voz” (par. 218).

4. Sobre el tema del respeto a la justicia natural (debido proceso)

Después de considerar que las sentencias no podían ser reconocidas porque, de lo contrario, se contradecía el principio de “una sola voz,” la Corte Comercial en su sentencia precisó sobre el tema de la justicia natural, es decir, sobre si las sentencias se habían dictado en juicios donde se respetaron las reglas del debido proceso, que en el caso estaba planteado:

“que el procedimiento ante el Tribunal Supremo de Justicia que condujo a las sentencias implicó las más claras posibles violaciones de la justicia natural y sustancial y la denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 del Convención Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que:

“(i) ninguno de los interesados de Guaidó (es decir, el Presidente interino Guaidó, los miembros de la Junta de Guaidó y los sucesivos Procuradores Especiales) fueron notificados formalmente o fueron informados previamente de los procedimientos ante el Tribunal Supremo de Justicia que culminaron en las sentencias;

(ii) por lo tanto, los interesados de Guaidó nada supieron sobre los procedimientos hasta después de que se emitieron las sentencias y no se les dio la oportunidad de ser escuchados, a pesar de que sus derechos y obligaciones se vieron directamente afectados;

(iii) los interesados de Guaidó no estuvieron representados y no hubo argumento alguno ante el Tribunal Supremo de Justicia en apoyo o defensa de sus posiciones; y

(iv) las violaciones se vieron agravadas por el estímulo explícito del Tribunal Supremo de Justicia a otros órganos del Estado para que tomaran medidas contra los interesados de Guaidó con miras a una posible responsabilidad penal” (par. 219).

La Corte Comercial analizó los diversos argumentos esgrimidos por las partes, considerando que en la materia no había realmente confrontación, y que en el caso, “no hubo notificación previa ni notificación de los procedimientos, y que ni la Junta de Guaidó, ni el Procurador General Especial y ni el Sr. Guaidó tuvieron oportunidad de ser escuchados antes de que se dictara una decisión final en cualquiera de las sentencias,” siendo admitido por las partes que las sentencias “tuvieron un impacto significativo en los derechos de la Junta de Guaidó” (par. 221). Agregó la Corte Comercial en su sentencia, que, en el caso, “no se permitió absolutamente a nadie participar en los procedimientos” (par. 225), desechando el argumento de que los interesados tenían “recursos disponibles” o podían haber participado “motu proprio” en los procedimientos (par. 226).

La Corte Comercial dijo con toda claridad:

“La realidad es que no había vía alguna para que Guaidó, ni la Junta de Guaidó ni Procurador General Especial, impugnaran estas sentencias. Como explicó el profesor Brewer-Carías, no se realizó una citación o notificación de conformidad con el artículo 135 de la Ley Orgánica del TSJ [Tribunal Supremo de Justicia] para permitir que las autoridades que emitieron los actos anulados participasen en el proceso y defendieran sus acciones, y para permitir la comparecencia de todas las demás partes interesadas” (par. 227).

La Corte Comercial destacó cómo en el afán del Testigo Experto Arias de defender la carencia de notificación a los interesados, formuló el argumento de que de haber sido notificados “el tribunal no habría tenido en cuenta sus alegaciones porque el tribunal habría considerado que no tenían ningún estatuto pertinente,” lo que la Corte no solo consideró como un argumento “bizarro,” sino como “una evidencia reveladora contra cualquier argumento de que existían otros remedios” (para. 228). Ello, dijo la Corte, se reflejó en el argumento del Experto Legal Arias sobre la supuesta posibilidad de que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los interesados hubieran podido requerir correcciones o aclaratorias a las sentencias, cuando dicha norma -como lo destacó la Corte Comercial- le otorga tal posibilidad de solicitar aclaraciones solo “a las partes,” pero la misma “no se extiende a quienes no han sido parte en un procedimiento” (par 228); desechando también el argumento de que los interesados hubieran podido invocar los artículos 26 y 51 de la Constitución (acceso a la justicia y derecho de petición), lo cual la Corte Comercial consideró con razón como “irrelevante” (par. 228).

Al contrario de lo argumentado por el Experto Arias, la Corte Comercial consideró que:

“la evidencia del profesor Brewer-Carías fue clara -el artículo 49 de la Constitución establece un derecho “inviolable” a la asistencia legal y a la defensa, incluido el derecho a ser oído. Esto se refleja en los derechos procesales establecidos, por ejemplo, en los artículos 135 a 151 de la Ley Orgánica del TSJ y también en el proceso por el cual, si se prescinde de una audiencia oral en los casos en que no hay necesidad de una etapa de determinación de los hechos [“mero derecho”], las partes interesadas todavía están habilitadas para presentar alegaciones escritas (“acto de informes”)” (par. 229).

En definitiva, la Corte Comercial consideró “inaceptable que se decida sobre esas materias sin notificación a las principales partes interesadas o incluso a una de ellas” (par. 232), considerando igualmente inaceptable el argumento de que las sentencias habían sido emitidas en el mismo expediente N°17 iniciado en 2017 (par. 137) con motivo de una acción popular intentada contra el acto de instalación de la Asamblea Nacional para el año 2017 y el acto de elección de su Junta Directiva para dicho período de 2017; y que, por ello, el Tribunal Supremo supuestamente podía actuar de oficio dos años después, contra otros actos del Estado totalmente diferentes a los impugnados en 2017, como fueron el Estatuto de Transición y los actos de ejecución del mismo dictados en 2019 y declarados nulos en las sentencias cuyo reconocimiento se había requerido (par. 232).

Aceptar esa posibilidad hubiera sido aceptar un fraude procesal, por lo que la Corte Comercial acogió lo que el Experto Profesor Brewer-Carías expresó en el contrainterrogatorio de la audiencia del día 15 de julio de 2022, al responder una pregunta del abogado de la Junta de Maduro, de que el haber incorporado

las sentencias de 2019 y 2020, cuyo reconocimiento se solicitó, en el mismo expediente N° 17 de 2017 para proceder de oficio contra otros actos estatales de 2019 y 2020, la Corte Comercial dijo que Brewer-Carías había expresado que:

“probablemente fue un error de secretaría del Tribunal Supremo. La única otra alternativa, a la que el profesor Brewer-Carías no se inclinó, fue que se trataba de un proceso intencional para defraudar el proceso judicial: “No quiero creer que esto pueda ser un proceso intencional de defraudación de procedimientos judiciales, así que creo que es un error. No creo que este sea un proceso intencional, porque si es así será una decisión de defraudar el procedimiento judicial” (par. 234). Sobre esta declaración, la Juez Cockehill argumentó en la sentencia de 29 de julio de 2020 que:

“Si bien el Sr. Lissack [abogado de la Junta de Maduro] me instó a ignorar esta evidencia, estigmatizándola como “no impresionante,” la encontré al revés, y de hecho fue una evidencia que tendía a contradecir la sugerencia de que el profesor Brewer-Carías podría no ser capaz de opinar independientemente debido a sus sufrimientos a manos del régimen de Chávez. Sobre la evidencia legal parecería que este tratamiento de estas sentencias era una verdadera rareza. El profesor Brewer-Carías no llegó a la conclusión de que había habido una conspiración. Prefirió ver simplemente un error administrativo. Hay una razón lógica para esto: que la cuestión es de presentación y, por lo tanto, administrativa” (par. 235).

En definitiva, la Corte Comercial fue enfática al considerar que “el control concentrado de constitucionalidad debe comenzar en Venezuela mediante acción popular, y no puede comenzar de oficio,” lo que evidentemente es así, e implica, como lo dijo la Corte, la necesidad de notificación (para 232), destacando el único caso en la Constitución (art. 336.6; y la Ley Orgánica, art. 25.6) en el cual se autoriza al Tribunal Supremo a iniciar el control concentrado de constitucionalidad de oficio respecto de los decretos de estado de excepción, lo que consideró que no se aplicaba en este caso (par. 233). La Corte Comercial también mencionó el otro caso en el cual la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia autoriza a la Sala Constitucional a iniciar un procedimiento de control concentrado de oficio en los casos en los que haya habido una decisión previa de control difuso de constitucionalidad de una ley, el cual en todo caso tiene sus raíces en un proceso iniciado por una parte (par. 233).

Por todo lo expresado, la conclusión de la sentencia de la Corte Comercial en esta materia fue que aun cuando las sentencias hubieran podido haber sido reconocidas y no fueran contrarias al principio de una sola voz -lo cual ya había sido descartado-, lo cierto es que:

“las fallas en la justicia natural en cada caso son violaciones graves y claras de la justicia natural y sustancial y una denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (respecto del cual la etiqueta “flagrante” es apropiada) y haría inapropiado reconocerlas” (par. 239).

Y de allí la decisión final de la sentencia de la Corte Comercial, de que: “la Junta de Guaidó tuvo éxito: que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia no son capaces de ser reconocidos, y que si lo fueran hay dos buenas defensas que impedirían su reconocimiento” (par. 240).

Es decir, la Corte Comercial, en definitiva, aplicó en el Reino Unido, para desconocer los efectos de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por las cortes británicas, los mismos requisitos de violación de las reglas del debido proceso que impiden a los tribunales nacionales reconocer efectos a sentencias extranjeras, tal como se regula expresamente la Ley sobre Derecho Internacional Privado de Venezuela.

5. *Sobre el tema de la imparcialidad e independencia y el orden público*

Los últimos puntos que consideró muy brevemente la Corte Comercial en su sentencia, fue la cuestión contingente del no reconocimiento de sentencias extranjeras basadas en el orden público, que requiere de circunstancias excepcionales (par. 241), y el tema de la imparcialidad e independencia judicial.

El primero podía haber sido planteado si las condiciones para el reconocimiento de sentencias hubieran sido cumplidas (par. 243), lo que no es el caso conforme a lo que ya decidió la Corte; y el segundo, solo fue argumentado sobre la base de Informes de organismos internacionales, ya que la Junta de Guaidó decidió no presentar evidencia mediante Expertos (par. 248). A dichos Informes internacionales la Corte Comercial no le dio peso suficiente para considerarlos (par. 245, 255), 263, estimando que los mismos no podían ser prueba de que el Tribunal Supremo entre 2016 y 2020 hubiera sido corrupto o carente de independencia (par. 262).

Por lo demás, la Juez Cockehill consideró que como en su sentencia ya había considerado que “las sentencias se produjeron en el contexto de una violación grave de la justicia natural, de ello resulta que las sentencias no deben ser reconocidas por este motivo,” considerar el tema de la independencia/imparcialidad solo hubiera sido posible si dicho argumento no hubiera tenido éxito. (par. 254).

6. *Decisión y su apelación*

De todo lo antes expuesto, en relación con las cuestiones que la Corte Comercial debía resolver conforme a lo instruido por la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido, la sentencia del 29 de julio de 2022 resolvió:

Primero, desechar el alegato de la Junta de Maduro de que los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cuyo reconocimiento se requería por las Cortes inglesas, eran de naturaleza equivalente a efectos *in rem* del derecho inglés, desechando en consecuencia el argumento de que las sentencias debían ser reconocidas por supuestamente tener ese status *in rem* (par. 183 - 188), dándole la razón a la Junta de Guaidó (par. 189).

Segundo, declarar que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que declaran los actos de Mr. Guaidó como nulos, desconocen su status como Presidente de Venezuela y declaran que ha usurpado esa posición (par. 217(ii)), razón por la cual desestimó la solicitud de que fueran reconocidas porque de hacerlo, se entraría en conflicto con la doctrina de “una sola voz” (par. 218).

Tercero, declarar que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia cuyo reconocimiento se solicitó no podían ser reconocidas por las Cortes británicas por las violaciones graves, claras y flagrantes de la justicia natural y sustancial (debido proceso) cometidas en cada una de ellas, que implicaron la denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (par. 239).

La consecuencia fundamental de esta decisión de la Corte Comercial (High Court of Justice. Bussines and Property Courts of Enland and Wales. Commercial Court (QBD) del 20 de julio de 2022, aparte de los temas tratados, todos de gran interés, ha sido que en relación al tema central que originó el *caso del Oro de Londres*, la Corte ha reconocido que la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela designada por Juan Guaidó (“Junta de Guaidó”), es la que tiene el control de las reservas de oro internacionales de la República de Venezuela depositadas en el Banco de Inglaterra y otra institución financiera, correspondiéndole por tanto a dicha Junta de Guaidó, el derecho a dar instrucciones en nombre del Banco Central de Venezuela, a dichas instituciones financieras en el Reino Unido en relación con dichas reservas, y a representar al Banco Central de Venezuela en el arbitraje iniciado por el Deutsche Bank AG. respecto de las reservas que tenía en custodia con base en un contrato de intercambio de oro del Banco Central y que había pagado a los síndicos designados por el tribunal británico para mantenerlos en nombre del Banco Central de Venezuela.

Se destaca, por otra parte, que paralelamente a la sentencia del 29 de julio de 2022, la Juez Cockehill dictó una orden judicial especificando que la Junta de Maduro podía apelar de esta decisión el 19 de agosto de 2022, la cual la Junta de Guaidó podría responder el 26 de agosto de 2022, pudiendo la Junta de Maduro responder el 4 de septiembre de 2022; fijado el día 5 de septiembre de 2022 para decidir sobre la aceptación de la apelación, o posteriormente, tan pronto fuera posible.

De acuerdo con dicha Orden de la Corte Comercial del 29 de julio de 2022, la Junta Maduro el 19 de agosto de 2022 presentó el documentos “*Grounds of Appeal of the Maduro Board*” acompañado por el “*Submission of the Maduro Bord*,” el 26 de agosto de 2022, la Junta Guaidó presentó el documento “*Guaidó Board’s Submission in Response to the Maduro Board’s Application for Permission to Appeal*”; y el 4 de septiembre de 2022, la Junta Maduro presentó el documento “*Submission in Reply of the Maduro Board*.”

La Juez decidió sobre la admisión de la apelación mediante sentencia de 12 de septiembre de 2022, haciendo mención a los dos argumentos en los cuales se podía basar para admitir una apelación que son, primero, que la argumentación presentada evidenciase una “perspectiva real de éxito” (*real prospect of success*), y segundo, que existiesen “algunas otras razones de peso” (*some other compelling reasons*) para admitir la apelación.

En cuanto al primer argumento, luego de estudiar lo expuesto por los abogados de la Junta Maduro, la Juez Cockerill fue enfática en concluir que “este no es un caso en el cual concedería el permiso [para apelar] sobre la base de una perspectiva real de éxito. No considero que haya una perspectiva real de éxito” (par. 7), agregando que “las posibilidades de que cualquier apelación afecte el resultado son, en mi opinión, muy fantasiosas” (par. 8).

En “circunstancias normales,” dijo la Juez, “esto **concluiría** el argumento sobre el permiso” [de apelar], agregando, sin embargo, que, si bien “es inusual que un tribunal de primera instancia otorgue permiso sobre la base de “alguna otra razón convincente,” argumento que normalmente, es mejor dejar esas consideraciones en manos del Tribunal de Apelación, precisando, sin embargo, que: “este caso es la excepción que prueba la regla. Estoy totalmente segura de que, si no concedo el permiso, el Tribunal de Apelación lo haría sobre esta base” (par. 9).

La Juez Cockerill, en efecto, consideró que

“Este es un caso que con razón puede llamarse único. Se trata de una demanda con un valor muy significativo, incluso en el contexto de la Corte Comercial. Se refiere a una proporción significativa de las reservas de oro de un estado extranjero grande. La primera ronda de cuestiones planteadas por esa controversia ya ha involucrado a la Corte Suprema. La consideración del caso hasta el momento ha sido expedita porque las consecuencias de la decisión tienen el potencial de afectar a todos los ciudadanos de Venezuela. Las cuestiones que he tenido que decidir son, en su consideración del funcionamiento de un tribunal supremo extranjero, efectivamente sin precedentes. El telón de fondo público-internacional no es estático. Si bien he adoptado una visión muy clara sobre las cuestiones que me han parecido dispositivas, las cuestiones son de aquellas en las que la ley o es novedosa o poco ventilada y el caso entra claramente dentro de la categoría de plantear puntos de importancia en el desarrollo del derecho sustantivo” (par. 10)

Con base en lo anterior, la Juez concluyó señalando que

“si bien he reflexionado detenidamente sobre la situación ligeramente anómala de dar permiso a una apelación que considero muy por debajo del obstáculo del fondo, particularmente dada la demora que implicaría cualquier apelación, considero que el permiso para apelar debería otorgarse en este caso” (par. 11).

2023

96. CONFISCACIÓN, COMISO Y EXTINCIÓN DE DOMINIO: COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE 28 DE ABRIL DE 2023, PARTICULARMENTE SOBRE SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y SOBRE ALGUNAS DE SUS INCONGRUENCIAS INCONSTITUCIONALES

Revista de Derecho Público, N° 173-174, enero-junio 2023,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 322-337

Resumen: *Este estudio analiza la Ley Orgánica de Extinción de Dominio conforme al fundamento que le dio la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en el artículo 116 de la Constitución que regula la confiscación, como pena accesorio en la condena de ciertos delitos, y las incongruencias de la misma al permitir su aplicación en ausencia de condena penal.*

Palabras Clave: *Extinción de dominio; Confiscación; Pena accesorio.*

Abstract: *This study analyzes the Organic Law of Extinction of Domain according to the foundation given by the Constitutional Chamber of the Supreme Court in article 116 of the Constitution that regulates confiscation, as an accessory penalty in the conviction of certain crimes, and the inconsistencies of the same by allowing its application in the absence of criminal conviction.*

Key words: *Extinction of Domain; Confiscation; Accessory punishment*

I. UN NUEVO “DERECHO CONSTITUCIONAL” A LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL Y DE OTROS INTERESES DEL ESTADO

La Asamblea Nacional ilegítimamente electa en 2020,¹ ha sancionado una Ley Orgánica de Extinción de Dominio, mediante la cual ha regulado la institución de la confiscación que se prevé por vía de excepción en el artículo 116 de la Constitución.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, designada con base en la inconstitucional Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sancionada igualmente por esa ilegítima Asamblea Nacional en enero de 2022,² el día 28 de abril de 2023, en cuestión de horas, al recibir ese mismo día el oficio de la Asamblea Nacional remitiéndole el texto de la mencionada Ley Orgánica de Extinción de Dominio que se había sancionado el día anterior, 27 de abril de 2023, declaró “la constitucionalidad del carácter orgánico” de la misma, conforme lo exige al artículo 203 de la Constitución.³ El mismo día, además, la Ley fue publicada en Gaceta Oficial.⁴

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, (Presentación: Asdrúbal Aguiar), Iniciativa Democrática de España y las Américas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, -Sobre los once (11) vicios de inconstitucionalidad de las sentencias de la Sala Constitucional que declararon la -constitucionalidad- de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Comentarios a las sentencias Nos. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022), en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Homenaje a José Guillermo Andueza*, No. 168, abril-junio 2022, Caracas 2022 pp. 335-368.

³ Véase sentencia No. 315 de 28 de abril de 2023; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/324581-0315-28423-2023-23-0453.HTML>

⁴ Véase *Gaceta Oficial* No. 6745 Extra de 28 de abril de 2023.

La Sala basó su consideración sobre dicha declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley, en el hecho de que la misma es un cuerpo normativo que regula materias vinculadas con “el desarrollo de los derechos constitucionales” como lo exige la norma constitucional.

La Ley, sin duda, desarrolla aspectos medulares que se refieren al derecho constitucional a la propiedad privada, garantizada en el artículo 115 de la Constitución, limitándolo, lo que resulta de lo que se declara en el artículo 2.2 de la propia Ley, al especificar, entre sus finalidades, entre otras, el:

“Reafirmar la aplicación y reconocimiento del derecho a la propiedad, teniendo presente que los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección Constitucional o legal,”

Y, además, al precisar en el artículo 6, que:

“La extinción de dominio tendrá como único límite el derecho de propiedad lícitamente obtenido como valor constitucional y cuyos atributos se ejerzan de conformidad con la función social prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes;”

Sin embargo, para el asombro de cualquier lector medianamente enterado del tema, la Sala Constitucional, en una omisión evidentemente inconstitucional, al dictar su sentencia no hizo referencia alguna a dicho derecho de propiedad ni mencionó siquiera el artículo 115. Es decir, tratándose de una ley que regula la extinción del dominio, es decir, de la propiedad privada sobre bienes, la Sala Constitucional debió al menos haber mencionado el texto de dicha norma que establece que:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Ahora bien, ignorando dicha previsión y el derecho mismo a la propiedad privada que en la misma se garantiza, y a pesar de que la Ley Orgánica busca regular mecanismos de extinción de la propiedad privada a favor del Estado sin compensación, la Sala Constitucional en su análisis de la “constitucionalidad” del carácter orgánico de la Ley, para determinar si la misma se enmarcaba en el “desarrollo de derechos constitucionales” (art. 203, Constitución), solo hizo referencia a otro “nuevo” derecho constitucional que dedujo del texto fundamental, que calificó como el “derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” que regularía el artículo 116 de la misma Constitución; “derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado” que según la Sala Constitucional, “constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales.”

Para haber deducido la existencia de ese derecho constitucional, la Sala Constitucional solo hizo referencia al artículo 116 de la Constitución que, en realidad, lo que hace es prohibir la confiscación, y establecer los casos excepcionales en los cuales puede decretarse, así:

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

En el marco de ese “nuevo” derecho constitucional “a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado,” la Sala, “sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo,” consideró que el mismo era el propio para una “ley orgánica,” destacando, entre las características fundamentales de la Ley sancionada, las siguientes:

1. Que el texto legislativo “resulta trascendental para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público, así como de otros intereses, por parte del Estado, entre otros vinculados al mismo.”

2. Que el instrumento normativo “se perfila a *coadyuvar en la prevención de actividades delictivas*, especialmente las relacionadas con la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, que tienen un impacto negativo sobre la sociedad.

3. Que las normas de la ley buscan “fortalecer las capacidades del Estado para combatir con eficiencia estas *prácticas delictivas*, incorporando al ordenamiento jurídico venezolano un *instrumento de política criminal* como la “extinción de dominio”, que complementa el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por la República Bolivariana de Venezuela en esta materia, conforme a la previsión referida a los derechos económicos (artículo 116)” que no son otras que las que se refieren a la *confiscación* que la único que en esa norma se regula.

4. Que la Ley “viene a desarrollar la *severidad de las penas que deben imponerse por la comisión de ilícitos* económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;” norma que declara que los siguientes *delitos* serán penados severamente de acuerdo con la ley: “el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos.”

Conforme al anterior marco de razonamiento de la sentencia No. 315 de la Sala Constitucional, por tanto, lo que se ha regulado en la Ley Orgánica de Extinción del Dominio de abril de 2023 no es otra cosa sino una modalidad de *confiscación* conforme a lo regulado en el artículo 116 de la Constitución, impuesta como consecuencia de la comisión de delitos, es decir, como sanción penal; a pesar de que la idea inicial que pudo haber existido cuando se presentó el Proyecto de Ley ante la Asamblea Nacional hubiese sido otra, más vinculada quizás con las legislaciones de otros países latinoamericanos, que han regulado sobre extinción del dominio, sin vinculación con delitos y penas.⁵

Esa institución desarrollada en otras latitudes, con ese mismo nombre, lo cierto es que con la sentencia de la Sala Constitucional ha sido totalmente desnaturalizada,⁶ y convertida en una modalidad de la confiscación, como una de las formas de extinguir la propiedad privada a favor del Estado en el marco del artículo 116 de la Constitución. Institución que por lo demás, sea cual fuere la naturaleza que se adopte, requeriría para su aplicación de un sistema político de Estado de derecho, donde la piedra angular sea la autonomía y separación de poderes, entre ellos del Poder Judicial.⁷ Con un Poder Judicial, cuya independencia y autonomía ha sido demolida en Venezuela en las últimas dos décadas,⁸ esta ley, distorsionada y todo, es un instrumento que puede agravar los problemas que llevaron a su sanción

II. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONFISCACIÓN Y SUS EXCEPCIONES COMO SANCIÓN PENAL

En efecto, después de garantizar la propiedad privada y establecer que el Estado puede extinguir la forzosamente mediante pago oportuno de justa indemnización decretada por sentencia firme en un juicio de expropiación (art. 115), la Constitución de 1999 prohíbe en su artículo 116, que se decreten o ejecuten confiscaciones de bienes, es decir, que se produzcan “expropiaciones sin indemnización,”⁹ o si se quiere conforme al sentido de la palabra confiscación en el *Diccionario de la Real Academia Española*, que se proceda a “incautar o privar de posesiones o bienes para su incorporación al erario público, sin compensación.”

Sin embargo, la Constitución establece excepciones a este principio, al permitir en el mismo artículo 116, la extinción forzosa del dominio o de la propiedad de bienes, sin compensación, aun cuando siempre “mediante sentencia firme,” respecto de: (i) los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público; (ii) los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público; y (iii) los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y

⁵ Véase por ejemplo Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020.

⁶ Véase los comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional en Emilio J. Urbina, -Justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito de la sentencia 315 de 28-04-2023 de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia-, abril 2023. Véase en pp. 289 y ss. de esta *Revista*.

⁷ Véase Ramón Escovar León, -Ley Orgánica de Extinción de Dominio-, en *El Nacional*, mayo 2, 2023, disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/la-ley-organica-de-extincion-de-dominio/>

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Edición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2022, pp. 809, 835-837.

estupefacientes. Estas excepciones que se repiten en el artículo 271 al disponer que “previa decisión judicial,” serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

En esta forma se ampliaron considerablemente los supuestos en los cuales procedía la confiscación conforme a la Constitución de 1961, pero sin hacer referencia a las medidas aceptadas por el derecho internacional público, como se especificaba en el artículo 102 de aquella.

Además, respecto del tema de la confiscación, el artículo 317 de la Constitución, establece, en forma expresa, lo que constituye una novedad en nuestro ordenamiento constitucional, que es el principio de que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

Ello lo propusimos repetidamente en los debates¹⁰, siguiendo la tendencia existente en el derecho comparado¹¹.

La Sala Constitucional en sentencia N° 307 de 6 de marzo de 2001 (Caso: *Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*) tuvo ocasión de tratar el tema de las tributaciones confiscatorias a admitir que el *desiderátum* establecido en el artículo 317 de la Constitución se extiende a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal. La Sala, en efecto, al analizar las multas establecidas en la Ordenanza y resolver la denuncia de su carácter confiscatorio, señaló:

“Sobre este particular, observa esta Sala Constitucional que el *principio de no confiscación* se encuentra consagrado en el ordenamiento constitucional venezolano como una garantía de eficacia del derecho a la propiedad, derecho este, también de configuración constitucional. Así, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estableció dentro del Capítulo VII “*De los derechos económicos*,” en los artículos 115 y 116 el derecho a la propiedad y la correlativa garantía de no confiscación, en los términos que a continuación se exponen... Asimismo, dicho derecho se encuentra igualmente consagrado en normas legales preconstitucionales... (art. 545 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 317 constitucional consagra la no confiscación como postulado expreso que todo legislador tributario debe atender, es decir, todo órgano titular de la potestad de legislar en materia tributaria se encuentra en el deber de respetar, en sus actos normativos, ese principio de no confiscación contemplado en la Carta Magna. Resulta casi innecesario advertir que aun cuando el comentado artículo 317 señale que “*ningún tributo tendrá efectos confiscatorios*”, tal *desiderátum* se hace extensivo a las sanciones o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario, se perdería la armonía existente con el resto de la normativa constitucional...

Con base a las normas anteriormente expuestas, contempladas en la máxima Ley nacional, se observa que si bien la propiedad es un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general, tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, siempre y cuando las referidas restricciones no constituyan un menoscabo *absoluto o irracional* del aludido derecho de propiedad. Esto es, que imposibilite de tal forma la capacidad patrimonial de los particulares que termine extinguiéndola.

En el ámbito tributario, la vulneración del derecho de propiedad se pone de manifiesto cuando tal como asienta el tratadista Héctor Villegas, “el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insoportables, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada, e impidiéndole ejercer su actividad”. (Villegas, Héctor. *Relatoría General de las XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* celebradas en Buenos Aires del 4 al 7 de Septiembre de 1989, tema: “Las Garantías Constitucionales ante la Presión del Conjunto de Tributos que Recaen sobre el Sujeto Contribuyente”, p. 27).

En tal sentido, esta Sala observa que la vulneración del derecho de propiedad como consecuencia del pago de un tributo confiscatorio, ha sido expresamente proscrito por el Constituyente de 1999, en el ya citado artículo 317 constitucional que establece -se reitera- que “*ningún tributo puede tener efecto*

¹⁰ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, p. 279; y Tomo III, pp. 70 y ss.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires”, *Rapports Generaux. XIII Congrès International de Droit Comparé*, Montreal 1990, pp. 795 a 824. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional Estatal y Municipal*, Tomo II, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, San Cristóbal 1996, pp. 85 ss.

confiscatorio” y tiene su fundamento directo en la norma consagrada en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “*el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o de la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población*”. Siendo esto así, surge evidente la conclusión de que a los Poderes Públicos les está prohibido el establecimiento de tributos o sanciones tributarias -siendo que estas últimas son formas coercitivas de procurar la efectiva recaudación de las contribuciones de los particulares a las cargas públicas- que puedan amenazar con absorber una parte sustancial del derecho a la propiedad del contribuyente, con la negativa consecuencia que tal situación conlleva, al extinguir la fuente generadora del tributo y posterior daño que tal situación ejerce en la ya mermada economía del país.”¹²

III. LA CONFISCACIÓN Y EL COMISO COMO SANCIÓN PENAL Y LA LLAMADA “EXTINCIÓN DEL DOMINIO” EN EL PROYECTO DE LEY DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO (2023)

La confiscación (del latín *confiscation*), es decir, la “acción y efecto de confiscar,” por tanto, en Venezuela, tradicionalmente se ha considerado que solo puede ser el resultado de un pena accesoria de una condena penal impuesta por determinados delitos; institución a la cual se asimila la clásica del “comiso” (del latín tardío *commisum*), regulada desde siempre en los ordenamientos en el sentido del mismo *Diccionario de la Real Academia Española*, como una “pena o sanción consistente en la apropiación por el Estado,” de bienes de un sujeto, también conocida como “*decomiso*”.

El sentido de todas estas expresiones en el mundo del derecho apunta a identificar, como se ha dicho, el proceso de apoderamiento o el acto de incautar o privar de posesiones o bienes de propiedad privada, por parte del Estado de bienes, para su incorporación al erario público, sin compensación, siempre mediante una decisión judicial decretada como sanción por delitos cometidos o actividades ilícitas realizadas y, en particular, como pena accesoria.

Además de las previsiones constitucionales antes mencionadas, respecto de estas instituciones hay abundantes previsiones de larga tradición en el ámbito legislativo, en particular, al regular la confiscación y comiso como sanciones penales.

En efecto, comenzando por el Código Penal, entre las penas accesorias, no corporales, en el mismo se incluye “la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan” (arts. 10,11), precisando sobre ello que:

“Artículo 33. Es *necesariamente accesoria a otra pena principal*, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutara así: las armas serán *decomisadas* de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo *decomisados* y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipal, según las reglas del artículo 30.”

Específicamente, en los casos de delitos de corrupción de funcionarios (arts. 198-202), el Código establece que “el dinero u objeto dados serán *confiscados*” (art. 230); en el caso de soborno de testigos, peritos o intérpretes, que “todo lo que hubiere dado el sobornador será *confiscado*” (art. 247); en los casos de delitos consistentes en el comercio, la importación, la fabricación, el porte, la posesión, el suministro y el ocultamiento de las armas clasificadas como de guerra o prohibidas (arts. 275, 277 y 278), que “las armas materia del proceso se *confiscaran* y se destinaran al Parque Nacional (art. 279); en los casos de delitos de falsedad en pasaportes, licencias, certificados y otros actos semejantes (arts. 327, 331), si el hecho se hubiere cometido mediante dinero u otras dádivas, entregadas o prometidas, que el dinero o los otros presentes, “todo lo dado será *confiscado*”; en los casos de faltas por juego de suerte y azar, que el dinero del juego y todos los objetos destinados al efecto, serán *confiscados* (art. 534); y en los casos de faltas consistentes en la posesión injustificada de objetos y valores, que “el dinero y los objetos sospechosos serán *confiscados*” (art. 540).

Por otra parte, el artículo 103 del mismo Código Penal establece que si bien la muerte del procesado extingue la acción penal y la pena, sin embargo, ello “no impide la *confiscación* de los objetos o instrumentos con que se cometió el delito;” y el artículo 107 dispone que “ni la amnistía ni el indulto o gracia, ni el perdón de la parte ofendida dan derecho a la restitución de las armas o instrumentos *confiscados*.”

¹² Véase en *Revista de Derecho Público*, 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 227. Disponible en: https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2020/10/85-86-87-88-Revista_derecho_publico-N_85-88_enero-diciembre_2001.pdf

En cuanto al comiso, el mismo tiene una larga tradición reguladora en materia de Aduanas, la cual se refleja en las disposiciones de la Ley Orgánica de Aduanas al tipificar el delito de contrabando, disponiendo como sanción que:

“Artículo 110: Además de la multa prevista en los artículos anteriores, se impondrá también el *comiso* de los efectos objeto del contrabando, así como el de los vehículos, semovientes, enseres, utensilios, aparejos y otras mercancías usadas para cometer, encubrir o disimular el contrabando.”

En los últimos lustros, la institución de la confiscación ha sido, además, detalladamente regulada en leyes penales especiales, como, por ejemplo, la Ley contra la Corrupción, en cuyo artículo 55 se dispone que:

“Los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el sólo hecho de la *sentencia ejecutoriada*, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le produjere un perjuicio económico. En los demás casos, *ingresarán a la Hacienda Pública Nacional*.

La Ley agrega, además, que en los casos en los cuales un funcionario público reciba retribuciones por sus servicios (arts. 68); o reciba retribuciones por retrasar u omitir el ejercicio de sus funciones (art. 69), el dinero u objetos dados “serán *confiscados*, previa *sentencia firme* que así lo acuerde” (art. 72)

Por último, el artículo 103 de la misma ley establece que en la *sentencia definitiva*, el Juez podrá ordenar, según las circunstancias del caso, “la *confiscación* de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos” establecidos en la Ley, que afecten gravemente el patrimonio público, a cuyo efecto solicitará ante las autoridades competentes, la repatriación de capitales de ser el caso. La norma agrega que “asimismo, el Juez podrá ordenar, según la gravedad del caso, la *confiscación* de los bienes de las personas que hayan *incurrido en el delito* de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 52 de esta Ley, y consecuentemente la repatriación de capitales.”

En la misma línea de la Ley Anticorrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, de la cual Venezuela es parte, entre las definiciones establecidas en la misma, está la referida el término *decomiso*, entendiéndose por tal: “la privación con carácter definitivo de bienes *por orden de un tribunal* u otra autoridad competente” (art. 2.g).

A tal efecto, en el artículo 31 de la Convención se prevé que cada Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias para autorizar el *decomiso*: “a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la *comisión de los delitos* tipificados con arreglo a la presente Convención.”

Por otra parte, en el artículo 54 de la Convención se presupone en general que el decomiso de bienes se debe decretar mediante *sentencia judicial penal*, al establecerse como excepción que también podría decretarse “sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados” (art. 54).

En la misma orientación de la Ley Anti Corrupción, la Ley de Drogas 2010, que regula y sanciona el tráfico ilícito de drogas y sustancias estupefacientes, entre las definiciones que formula en su artículo 2, está precisamente la referida al término *confiscación*, entendido como:

“una *pena accesoria*, que consiste en la privación de la propiedad con *carácter* definitivo de algún bien, por *decisión de un tribunal penal*” (art. 3.5).

También se define en la Ley el término *comiso*, como:

“la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado en los términos previstos en esta Ley, *decretado por un juez o jueza de control* a favor del Estado” (art. 3.8)

Además, el artículo 178 de dicha Ley, al referirse a las *penas accesorias*, identifica entre ellas a “la *confiscación* de los bienes muebles e inmuebles que se emplearen en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los efectos, productos o beneficios que provengan de los mismos” (art. 178.4); y el artículo 183 de la Ley precisa que “*cuando exista sentencia* condenatoria definitivamente firme, se procederá a la *confiscación* de los bienes muebles e inmuebles incautados preventivamente.”

En esta misma orientación, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo de 2012 define la *confiscación* como “una *pena accesoria* que consiste en la privación de la propiedad con carácter definitivo sobre algún bien, por decisión de un tribunal” (art. 4.7); y el *decomiso* como “la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado o no reclamado en los términos previstos en esta Ley, *decretado por un juez o jueza* a favor del Estado.”

Esta Ley, al regular las sanciones a las personas jurídicas, dispone en su artículo 32 que el juez competente podrá *imponer en la sentencia definitiva*, entre diversas las sanciones reguladas (de acuerdo con la naturaleza del hecho cometido, su gravedad, las consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles), “la *confiscación* o *decomiso* de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas y de los productos del delito en todo caso” (art. 32.3); estableciéndose igualmente que “los capitales, bienes o haberes objeto del delito de legitimación de capitales serán *decomisados* o *confiscados*” (art. 35).

En todas las previsiones legales antes analizadas, siguiendo el sentido incluso de la etimología de las palabras, en términos generales, las expresiones *confiscación* y *comiso* o *decomiso* puede decirse que tienen el mismo significado, constituyéndose siempre como mecanismos para la asegurar la extinción forzada de la propiedad privada a favor del Estado, sin compensación, decretada mediante sentencia judicial, como pena accesoria en procesos penales.

En términos más contemporáneos, dichas instituciones son formas de “extinción de dominio,” tal como, por ejemplo, se utilizó este término en la “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” elaborada por el la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Programa de Asistencia para América Latina y el Caribe).¹³ En este texto se precisa el concepto de la “extinción del dominio” así:

“La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de *actividades ilícitas* consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, *por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación* de naturaleza alguna” (art. 2).

El concepto plasmado en dicha Ley Modelo es, sin duda, equivalente al antes analizado de *confiscación* o *comiso* en el ordenamiento venezolano, particularmente en cuanto a que la misma solo puede decretarse mediante sentencia judicial, y es el resultado de actividades delictivas o ilícitas. Por ello, el artículo 2 de la misma Ley Modelo agrega que “la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes,” agregando la norma, sin embargo, que “se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso.” Con esta regulación, que podría ser constitucional en otros países, se ha querido “desligar” la extinción del dominio respecto de la condena penal y del su carácter de pena accesoria, como sanción penal, que por ejemplo se establece en todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aun previéndose que el proceso judicial para la extinción del dominio pueda ser autónomo, en la Ley Modelo solo se puede proceder una vez que se han declarado determinadas actividades como “*ilícitas*,” siendo la extinción del dominio una consecuencia patrimonial de las mismas. Así lo reafirma el artículo 6 de la Ley Modelo, cuando define los “presupuestos de la extinción de dominio” determinando que solo procederá, entre otros, sobre:

“a. Bienes que sean producto de *actividades ilícitas*. b. Bienes que sean instrumentos de *actividades ilícitas*. c. Bienes que sean objeto material de *actividades ilícitas*. d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de *actividades ilícitas*. e. Bienes de *origen lícito* utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*. f. Bienes de *origen lícito* mezclados con bienes de *ilícita procedencia*. g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial *no justificado*, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas* [...]”

Tiene que existir, por tanto, una decisión judicial que declare que determinadas actividades realizadas por un sujeto son actividades ilícitas, es decir delictivas, y ese sujeto sea condenado por ello, para que la medida se pueda materializar.

En la orientación de la dicha Ley Modelo, puede decirse que en la Asamblea Nacional ilegítimamente electa en 2020, en marzo de 2023, se comenzó a discutir un Proyecto denominado de “Ley de Extinción de Dominio,” que fue aprobado en primera discusión con el objeto, de “establecer mecanismos que permitan

¹³ Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

la identificación, localización y recuperación de los *bienes relacionados o derivados de actividades ilícitas* y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, sin contraprestación ni compensación alguna” (art. 1) .

En el Proyecto se definía, además, a la “Extinción de dominio” como:

“la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes de personas naturales o jurídicas relacionados con *actividades ilícitas*, mediante *sentencia firme*, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe.”

A tal efecto, el artículo 5 del Proyecto de Ley definía como *actividad ilícita*, a los *delitos* a los que se refiere el artículo 116 de la Constitución así:

“toda *actividad tipificada como delictiva* en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia,”

El marco del Proyecto de Ley, por tanto, “*actividad ilícita*” eran las que constituyen los *delitos tipificados* en la legislación vigente relativos a la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

En consecuencia, los bienes que podían ser objeto de extinción de dominio, conforme al artículo 8 del Proyecto de ley eran, entre otros, aquellos:

“1. Bienes que sean derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*; 2. Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma para *actividades ilícitas*; 3. Bienes que sean objeto material de *actividades ilícitas*; 4. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica de bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*, utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para *actividades ilícitas* u objeto material de *actividades ilícitas*; 5. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*; 6. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de *ilícita procedencia*; 7. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas*.”

De todo ello resultaba evidente que, conforme a estas regulaciones del Proyecto, se buscaba que se pudiera decretar judicialmente la extinción de dominio respecto de bienes relacionados con todas esas *actividades ilícitas que por definición de la propia Ley constituían delitos tipificados* en las leyes,

Siendo ello así, no se entendía en el Proyecto, ni en nuestro criterio tenía sentido alguno, el agregado de la frase final del artículo 5 del Proyecto, cuando al definir la “*actividad ilícita*” como “*delictiva*,” lo que implicaba condena penal por el delito cometido, sin embargo, agregaba que podía haber *actividad ilícita* – decía el Proyecto – “aun cuando no se haya dictado sentencia.” Si la actividad ilícita es la actividad tipificada como delito, solo después de una condena es que la misma se materializa, no antes.

Por ello, no se entendía cómo podía haber una forma de identificar una *actividad ilícita delictiva* para proceder a la extinción del dominio de bienes de una persona, sin que se hubiera dictado sentencia condenatoria penal. Se insiste, solo una vez que una actividad delictiva es declarada como ilícita judicialmente, es que podría procederse a confiscar bienes de propiedad privada o a la “extinción del dominio.”¹⁴

En otras palabras, si de acuerdo con el Proyecto, la *actividad ilícita* conforme a la definición legal era una actividad que necesariamente debía ser tipificada como delictiva, para que se materializase respecto de una persona y sus bienes, tenía que ser declarada en relación con la misma, mediante sentencia judicial de condena, por lo que en ningún caso podría decretarse la extinción del dominio sin dicha decisión judicial previa penal de condena.

Por ello, no era admisible, conforme al ordenamiento venezolano, la previsión del artículo 7 del Proyecto, que en cambio sí podría aplicarse en otros ordenamientos, que declaraba que la acción para la declaratoria de la extinción de dominio siendo que podía ejercerse aun cuando no hubiera habido condena, y era “distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.”

¹⁴ Véase sobre el tema toda la muy elaborada argumentación que han formulado Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, en su reciente libro sobre: *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020; y en particular el reconocimiento que hacen de la -fragilidad- que significaría la inclusión de la llamada -extinción del dominio- en el ordenamiento venezolano conforme a las previsiones existentes en la Constitución y las leyes, considerando como lo ideal que se proceda previamente para ello a una reforma constitucional. pp. 217 ss.

Al contrario, solo después de declarada la responsabilidad penal es que se podría proceder a ejecutar la medida de confiscación o extinción del dominio.

Por otra parte, una Ley de Extinción de Dominio en los términos de la “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” elaborada por el la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, está concebida para poder aplicarse solo en un régimen político donde la garantía de la autonomía e independencia del Poder Judicial esté asegurada; y donde la independencia y autonomía de los órganos de control, como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República también esté asegurada. Es decir, en un régimen donde prevalezca el Estado de derecho y la transparencia y la rendición de cuentas sean la norma.

Sin embargo, en un país como Venezuela, que lamentablemente goza del grave récord de estar en el último lugar del rango de todos los países del mundo en los índices del Estado de derecho, particularmente en materia de *control sobre los poderes del gobierno*,¹⁵ y en la *confiabilidad respecto del sistema de justicia penal*;¹⁶ y en los últimos rangos en los índices de *transparencia* en el mundo (junto con Somalia, Siria y Sudán del Sur),¹⁷ de *Gobierno abierto* (junto con Irán, la República Islámica, Egipto)¹⁸ y de *respeto a los derechos humanos* (junto con China, Egipto, Myanmar, Irán);¹⁹ una Ley de ese tipo no sólo es un peligro total respecto de la garantía del derecho de propiedad,²⁰ sino del propio funcionamiento del Estado pues podría ser el instrumento utilizado por grupos de poder para multiplicar la corrupción que se buscaría sancionar, que podría conducir a asegurar el uso y usufructo de los bienes mal habidos por razones delictivas, por otros ilegítimos nuevos titulares vinculados a la burocracia estatal, convirtiéndose el aseguramiento de bienes con base en el supuesto “derecho a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” en un monumental reparto de bienes como un botín.

IV. EL RÉGIMEN DE LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO EN LA LEY ORGÁNICA DE 2023 COMO UNA MODALIDAD DE CONFISCACIÓN

El Proyecto de Ley de Extinción de Dominio fue finalmente objeto de la segunda discusión, dando lugar a la sanción de la Ley respectiva, con el carácter de Ley Orgánica, la cual conforme a la sentencia de la Sala Constitucional No 315 de 28 de abril de 2023, es un instrumento legal que ha sido sancionado para “coadyuvar en la prevención de actividades delictivas,” especialmente a las que se refiere el artículo 116 de la Constitución, vinculadas con “la corrupción, la delincuencia organizada el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes;” y que tendría por objeto a juicio de la sala Constitucional, “fortalecer las capacidades del Estado para combatir con eficiencia estas prácticas delictivas, incorporando al ordenamiento jurídico venezolano un instrumento de política criminal” con el objeto de “desarrollar la severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos” conforme al artículo 114 de la Constitución, como son los delitos identificados como “el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos.”

La Sala Constitucional, en esta forma, enmarcó el régimen de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, como regulador de una confiscación como consecuencia de actividades que constituyen delitos en el ordenamiento penal y, por tanto, con el carácter de sanción penal, buscando hacer más severas las penas como pieza de una política criminal.

¹⁵ WJP Rule of Law Index, Constraints Government Powers 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Constraints%20on%20Government%20Powers/>

¹⁶ WJP Rule of Law Index, Criminal Justice 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Criminal%20Justice/>

¹⁷ CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2022; disponible en: https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gelid=CjwKCAjwo7iiBhAEEiwAsIxQEWnQOlud6NkLhwqWEVpx2B-gRz7cp0dqiV8SC9HLm3MarJEG2zj1BoCyDEQAvD_BwE

¹⁸ WJP Rule of Law Index, Open Government 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Open%20Government/>

¹⁹ WJP Rule of Law Index, Fundamental Rights 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Fundamental%20Rights/>

²⁰ Véase el comentario de Acceso a la Justicia: -Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de Dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela,- 18-4-2023. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/>

1. *Objeto y finalidad de la ley*

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica, su objeto es, *por una parte*, establecer mecanismos que permitan “la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales *originados por actividades ilícitas o destinados a éstas*,” y *por la otra*, asegurar “la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación alguna,” es decir, mediante la confiscación de los mismos impuesta por sentencia penal de condena por la comisión de delitos como lo exige el artículo 116 de la Constitución.

2. *Definición de extinción del dominio y su vinculación con actividades ilícitas*

Por ello, conforme a ese objeto, esta extinción del dominio se define en la Ley, como comprendiendo:

“la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes y efectos patrimoniales de personas naturales o jurídicas relacionados con *actividades ilícitas*, mediante *sentencia firme*, sin contraprestación, ni compensación de ninguna naturaleza, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe” (art. 5.3).

La institución que se regula, por tanto, solo en relación con “bienes y efectos patrimoniales relacionados o derivados de *actividades ilícitas*” (art. 4), según se repite más adelante en el artículo 8 de la Ley Orgánica al disponer que *la extinción de dominio podrá declararse respecto de bienes*:

“1. Derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*, en los términos previstos en esta Ley.

2. Utilizados o destinados de cualquier forma para *actividades ilícitas*, en su totalidad o en parte.

3. Que sean objeto material de *actividades ilícitas*.

4. Que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo.

5. De origen lícito utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*.

6. De origen lícito mezclados con bienes de *ilícita procedencia*.

7. Que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas*.

8. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona sometida a la acción de extinción de dominio, siempre que exista información razonable de que dicho incremento patrimonial se deriva de *actividades ilícitas* anteriores a la referida acción.

9. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica que haya podido lucrarse o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes de *actividades ilícitas*, sin que se demuestre suficiente y fehacientemente el origen lícito de dicho incremento patrimonial.

10. Que constituyan ingresos, rentas, frutos, productos o ganancias derivados de los bienes relacionados directa o indirectamente con *actividades ilícitas*.

11. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento preventivo o decomiso.

12. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre dichos bienes.”

Esta noción de *actividad ilícita*, en la Ley Orgánica se vincula en la ley Orgánica a *actividades delictivas*, es decir, tipificadas como delitos en la legislación penal, entendiéndose en la definición de tales actividades ilícitas conforme al artículo 5.1:

“Toda actividad *tipificada*²¹ en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, *aun cuando no se haya dictado sentencia* en el proceso penal correspondiente” (art. 5.1).

En esta definición, por supuesto, la última frase de que podría haber alguna actividad ilícita -que es la tipificada como delito-, “*aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente*,” -que proviene de la Ley Modelo utilizada para la elaboración del Proyecto de Ley discutido-, introduce un

²¹ En el Proyecto aprobado en primera discusión a la palabra -tipificada- se agregaba la frase: -como delictiva.-

contrasentido en el régimen legal establecido, pues podría implicar que se pudieran confiscar bienes, como sanción penal, sin que haya habido condena penal, lo que sería inconstitucional por violar el artículo 116 del texto fundamental.

Es decir, si la actividad que puede originar la aplicación de la ley y la extinción del dominio es la *actividad ilícita*, y si la *actividad ilícita* es la *tipificada como delito* en el ordenamiento penal, no podría haber certeza de que la misma ha ocurrido como tal “actividad ilícita” sino cuando haya habido una condena penal que decrete su comisión mediante sentencia, imponiendo la pena correspondiente al delito, incluyendo la confiscación de bienes.

Dejando a salvo este contrasentido inconstitucional, que tendrá que ser precisado incluso por la Sala Constitucional cuando se pronuncie sobre la constitucionalidad del texto de la Ley verificando si la misma se enmarca en el régimen constitucional vigente, en consecuencia, la extinción del dominio, primero, solo opera respecto de bienes relacionados con *actividades ilícitas*, que tienen que haber sido previamente y necesariamente tipificadas como delitos en diversas leyes de carácter penal, debiendo decretarse la extinción del dominio necesariamente y solo mediante sentencia firme, sin compensación alguna, lo que asimila la institución a la confiscación que regula el artículo 116 de la Constitución, después de que se ha condenado a una persona por dichos delitos.

3. *Finalidad de la ley y modificación del régimen legal de la propiedad privada*

El texto legal, con el objeto definido y en el marco establecido en su articulado antes mencionados, define en su artículo 2 su finalidad, consistente en:

Primero, en “incrementar la efectividad de la acción del Estado contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (art. 2.1); y

Segundo, en “generar las condiciones para que los bienes y efectos patrimoniales relacionados o *derivados de actividades ilícitas objeto de la extinción de dominio* sean destinados a financiar las políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del Pueblo venezolano” (art. 2.3).

Con estos fines, la Ley Orgánica establece una nueva definición del derecho de propiedad que se garantiza en la Constitución y se regula en el Código Civil, al disponer que la misma, sobre bienes, solo se reconoce cuando son adquiridos con recursos *de origen lícito*, por lo que sobre “los bienes adquiridos con recursos *de origen ilícito*” no se consolida el derecho de propiedad, ni puede gozar de “protección constitucional o legal” (art. 2.2).

Por supuesto, para que esta norma tenga alguna aplicación, es imprescindible que haya habido una decisión judicial penal que haya declarado el origen ilícito de los recursos, como consecuencia de haber condenado penalmente por la comisión de actividades delictivas, pues son estas las que en la ley califican de ilícita una actividad.

Una vez condicionada la existencia de la propiedad y su reconocimiento, a la adquisición de la misma con recursos de origen lícito, conforme al artículo 6 de la ley, se declara que el “único límite” de la extinción de dominio es el “derecho de propiedad *lícitamente obtenido* como valor constitucional y cuyos atributos se ejerzan de conformidad con la función social prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes.”

En esa misma línea, además, la norma dispone que “una vez demostrada *la ilicitud de origen* de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio” que solo puede declararse mediante sentencia, “se entenderá que el objeto de las convenciones o negocios jurídicos que dieron lugar a la adquisición es contraria al régimen constitucional y legal de la propiedad,” siendo la consecuencia de esta previsión, que “los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán *nulos*.”

Estas normas, sin duda, por su generalidad e imprecisión, al afectar el régimen de la titularidad del derecho de propiedad, darán origen a innumerables controversias civiles que solo una sabia aplicación de la ley podrá resolver. De lo contrario lo que puede producirse será el socavamiento total de las bases del régimen jurídico de la propiedad privada.

Ello implica que en la aplicación de la Ley debe tenerse como norte el principio de que todo lo referido a la titularidad de la propiedad -solo reconocida con base en la licitud del origen de los recursos para adquirirla y que sea reconocida-, no puede ser sino la consecuencia de una decisión judicial previa, de condena

penal, que con base en la calificación de actividades como ilícitas, es decir, tipificadas como delito, declare la extinción de dominio, es decir, la confiscación de los bienes afectados a la actividad declarada como ilícita.

4. *La acción judicial de extinción de dominio*

Si conforme a la Ley la extinción de dominio sólo puede decretarse respecto de bienes vinculados a actividades ilícitas, es decir, aquellas que constituyen delitos tipificados en la legislación penal, para que pueda ejercerse una “acción judicial de extinción del dominio,” que en la ley se la califica como acción “de naturaleza civil” o “de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial” (arts. 11, 12), tiene que haber habido necesariamente una sentencia penal previa que haya declarado la comisión del delito de que se trate y condenado a los responsables.

Es decir, la acción de extinción de dominio, estando regulada en la Ley Orgánica como una confiscación, requiere necesariamente los resultados de un proceso penal previo. Por esta razón, conforme al artículo 28.2 de la Ley Orgánica, el Ministerio Público, para intentarla, solo puede invocar como fundamento de la acción, que la actividad específica relacionada con los bienes identificados es una *actividad ilícita* declarada como tal por un tribunal penal; para que luego, conforme al artículo 12 de la ley, la “*autoridad jurisdiccional*” competente para conocer de la acción de extinción de dominio (que son los Tribunales que cree el Tribunal Supremo de Justicia” (art. 12), pueda proceder a confiscar:

“mediante sentencia, [y] declarar a favor de la República y como parte integrante del Tesoro Nacional, la titularidad de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas que se presuman provenientes de actividades ilícitas o destinados a ellas, de conformidad con esta Ley” (art. 12).

Teniendo en cuenta toda esta normativa, no es sino otro contrasentido lo establecido en el artículo 11 de la Ley cuando declara que “la acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público y se sustanciará por las normas contenidas en esta Ley, *independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado.*”

Si con ello se quiso indicar que se puede proceder a la confiscación de bienes por la comisión de delitos, sin que haya habido una previa condena penal por ello, la previsión de este artículo 11 sería inconstitucional, pues en Venezuela, conforme al artículo 116 de la Constitución que conforme lo resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo es el fundamento de la Ley Orgánica, solo procede la confiscación de bienes mediante sentencia firme que imponga la condena penal.

Por otra parte, si en el proceso penal respectivo se impuso mediante sentencia definitivamente firme la condena penal, y la pena accesoria de confiscación, entonces, obviamente, ello no permitiría que se ejerza ninguna acción de extinción del dominio, como lo aclara la segunda parte del artículo 16 de la Ley Orgánica cuando dispone que:

“Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los bienes objeto de la acción ya se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme.”

Por último, debe observarse, por último, que como la intención de la Ley ha sido establecer una acción de naturaleza civil para la extinción de dominio, que con todos los condicionantes antes mencionados se ejerce “independientemente de la acción y procedimientos” (art. 11), se ha dispuesto para tal fin, la creación de una jurisdicción especial de tribunales por parte el Tribunal Supremo de Justicia (art. 12), y se ha asignado el ejercicio de la acción de extinción de dominio al Ministerio Público en la línea de sus competencias constitucionales (art. 285.5), para lo cual deben crearse “fiscalías especializadas en materia de extinción de dominio, tomando en cuenta la naturaleza civil de la acción de extinción de dominio” (art. 11).

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio, como puede apreciarse de los comentarios anteriores, no sólo es un cuerpo normativo complejo, que pretende regular un instrumento “nuevo” de lucha contra la corrupción, y los otros delitos a que se refiere el artículo 116 de la Constitución, que no es otra cosa sino una “confiscación,” que va a exigir mucha sabiduría en su aplicación, para que no se convierta en un instrumento más de persecución, y a la vez de corrupción.

Hay que recordar incluso que como lo dice el artículo 6:

“La extinción de dominio procederá, aunque los presupuestos fácticos exigidos para su declaratoria hubieren ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley.”

Pero solo puede proceder cuando esos “supuestos fácticos” de las actividades ilícitas tipificadas como delitos hayan sido determinados por el juez penal competente, mediante condena penal.²² De lo contrario la Ley puede dar lugar a un “festín” de reparto de un “botín” mal habido como instrumento político de persecución.

²² Según informó la prensa, parecería incluso que el proceso de -incautación- de bienes a sectores vinculados con la corrupción, se produjo por vía ejecutiva antes de que la Ley Orgánica hubiese sido promulgada. En el diario *Últimas Noticias* del 28 de abril de 2023, en efecto se indicó que -El gobernador del estado Miranda, Héctor Rodríguez, entregó bienes y materiales incautados a sectores vinculados con la corrupción en un galpón que se encuentra en el Eje Guarenas-Guatire, de esa entidad central. La acción se produjo durante el acto de Promulgación de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.- Disponible en: <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/incautan-bienes-y-materiales-a-corruptos-en-miranda/>

97. UNA NUEVA MODALIDAD DE IMPARTIR INJUSTICIA MEDIANTE “AVISOS” DE SENTENCIAS QUE NO SE PUBLICAN: EL CASO DE LA “SUSPENSIÓN” DE EFECTOS DE LAS ELECCIONES PRIMARIAS DE LA OPOSICIÓN, Y LA INCONSTITUCIONAL “INHABILITACIÓN POLÍTICA” DE MARÍA CORINA MACHADO

Revista de Derecho Público, N° 175-176, julio-diciembre 2023,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 377-385

Resumen: *La Sala Electoral del Tribunal Supremo, en una medida cautelar convertida en decisión definitiva, mediante sentencias que no se publican, da por definitiva una inhabilitación política inexistente de María Corina machado, solo referida ilegalmente en una certificación de mera relación por un funcionario incompetente; y todo en violación a las reglas más elementales del debido proceso.*

Palabras Clave: *Debido proceso. Violación; Sentencias. Publicación; Inhabilitaciones Políticas; Certificado de mera relación. Ilegalidad*

Abstract: *The Electoral Chamber of the Supreme Tribunal, in a precautionary measure converted into a final judgment, through rulings that are not published, considers definitive a non-existent political disqualification of María Corina Machado, only illegally referred to in an illegal administrative certification issued by an incompetent official; and all, in violation of the most elementary rules of due process.*

Key words: *Due process. Violación; Rulings. Publication; Political Disqualifications; Administrative Certifications. Illegality.*

I. EL PODER JUDICIAL, DE NUEVO, CONTRA LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS DERECHOS CIUDADANOS A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO

El día 30 de octubre de 2023, el país quedó sorprendido por la aparición de un “aviso” en la página web del Tribunal Supremo de Justicia anunciando la emisión de una sentencia No. 122 de la Sala Electoral (Expediente No 2023-0000065), supuestamente emitida en una “Ponencia Conjunta” de todos sus magistrados, y mediante la cual se habrían suspendido “todos los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la “Comisión Nacional de Primarias” el 22 de octubre de 2023,”¹ en el cual más de dos millones de personas, en ejercicio de su libertad de pensamiento que garantiza la Constitución, manifestaron libremente su voluntad de que la Sra. María Corina Machado sea la Candidata de la oposición en las elecciones presidenciales que deben tener lugar en 2024.

Aparte del disparate que significa que un Tribunal pretenda desconocer, con una decisión, un hecho que efectivamente ocurrió, es decir, la participación masiva y libre de mas de dos millones de personas en un proceso de selección de candidatos llevado a cabo efectivamente en Venezuela y en muchos otros países el día 22 de octubre de 2023, enteramente organizado por la entidades de la sociedad civil, bajo la conducción de la Comisión Nacional de Primarias, sin participación de órganos ni entidades públicas civiles o militares; la supuesta decisión que se habría tomado sería, si es que existe, violatoria de la libertad de expresión y del derecho a la participación política garantizados en la Constitución.

Como lo resumió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento del mismo día del “aviso”, el 30 de octubre de 2023:

¹ Aviso disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#>

“El artículo 67 de la Constitución establece que: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. *Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.*” (Resaltados añadidos). Asimismo, el artículo 57 constitucional consagra expresamente que los ciudadanos tienen el derecho “a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión sin que pueda establecerse censura.” En tal sentido, con base en esas libertades políticas, organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos de oposición organizaron para el día 22 de octubre de 2023, elecciones abiertas a todos los ciudadanos, para escoger su candidato presidencial.”²

El proceso organizado al amparo de la Comisión Nacional de Primarias, por tanto, fue un proceso desarrollado íntegramente por una entidad de la sociedad civil, con el respaldo de organizaciones y partidos políticos de oposición, para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a la participación política y libertad de expresión en la escogencia de la Candidata de la oposición para la elección presidencial de 2024, en el cual no participó ni tenía que participar, en forma alguna, el Consejo Nacional Electoral ni ningún otro ente público.

II. UNA SUPUESTA DECISIÓN QUE NO SE DA A CONOCER DICTADA A DESTIEMPO QUIZÁS POR DUDA, INSEGURIDAD O TEMOR

Señala el “aviso” de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que un señor de nombre José Dionisio Brito Rodríguez (a quien se identifica como “Parte”), actuando “en su carácter de aspirante a participar en las elecciones primarias del día 22 de octubre de 2023,” habría intentado un “recurso contencioso electoral con amparo cautelar” “contra los actos inconstitucionales e ilegales de la Comisión Nacional de Primarias, que realizó el proceso electoral de primaria el pasado domingo 22 de octubre de 2023, para elegir la candidata o candidato presidencial unitario para las elecciones presidenciales de 2024.”

De la redacción del texto del “aviso,” lo primero que resalta es que quien habría intentado el “recurso” lo habría hecho en su carácter de “*aspirante a participar en las elecciones primarias del día 22 de octubre de 2023,*” como un hecho por ocurrir, de lo que se deduce que el recurso habría sido intentado antes de esa fecha y, por supuesto, con el propósito, sin duda, de obtener una decisión judicial que se dictara *antes* del 22 de octubre y que impidiera la realización de las primarias.

La Sala Electoral no emitió decisión, quizás por duda, por inseguridad, o por temor, y habría entonces procedido a dictar a destiempo lo que quizás se asemeja más a lo que se le habría pedido que dictara y que sería una decisión que impidiera la realización del acto libre de escogencia del candidato presidencial en las primarias de la Oposición del 22 de octubre de 2023. Pero al hacerlo, después de ocurridos los hechos, su supuesta decisión sería una payasada al pretender “dejar sin efectos” lo que ya ocurrió, a la vista de todos, y que no puede borrarse del tiempo, pues el pasado no se puede extinguir por sentencia; resultando, además, de los elementos que se publican en el “aviso”, que la actuación de la Sala Electoral sería no solo ilegal sino también inconstitucional.

III. EL SUPUESTO “RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL” QUE HABRÍA DADO ORIGEN A LA ANUNCIADA SENTENCIA NO ES TAL, POR LO QUE HABRÍA PODIDO HABER SIDO ADMITIDO ILEGALMENTE

En el “aviso oficial” de la supuesta sentencia No. 122 se informa que el “recurso contencioso electoral con amparo cautelar” habría sido intentado por un sujeto de nombre “José Dionisio Brito Rodríguez [...] en su carácter de aspirante a participar en las elecciones primarias del día 22 de octubre de 2023:”

“contra los actos inconstitucionales e ilegales de la Comisión Nacional de Primarias, que realizó el proceso electoral de primaria el pasado domingo 22 de octubre de 2023, para elegir la candidata o candidato presidencial unitario para las elecciones presidenciales de 2024.”

Esos “actos” de la Comisión Nacional de Primarias de realización del proceso electoral de primaria no son actos que puedan impugnarse mediante un “recurso contencioso electoral” por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

² Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-las-elecciones-primarias/>

Conforme se indica en el artículo 297 de la Constitución, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ejerce la “jurisdicción contencioso electoral,” y ésta, conforme al artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la ejerce dicha Sala cuando se intentan ante ella “recursos contencioso electorales” para que pueda:

“1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.”

Es decir, se trata de una competencia exclusiva de la Sala Electoral que queda reducida a conocer de la impugnación:

Primero, de “actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral,” y

Segundo, de “los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.”

Los primeros son básicamente actos administrativos emanados de órganos del Estado, y los segundos son actos de organizaciones no estatales, de la sociedad, mediante los cuales se elijan sus autoridades, es decir, los miembros de los órganos de dirección de los sindicatos, de las organizaciones gremiales, de los colegios profesionales, de las organizaciones con fines políticos (partidos políticos), de las universidades nacionales y de otras organizaciones de la sociedad civil.

Nada más. La Sala Electoral no tiene otras competencias que las antes enunciadas, y no puede entrar a conocer de “impugnaciones” contra actos de entidades de la sociedad civil que no sean de “naturaleza electoral” es decir, que no se refieran a la elección de sus autoridades.

IV. LA INCOMPETENCIA DE LA SALA ELECTORAL PARA CONOCER DEL SUPUESTO RECURSO INTENTADO

Además de lo anterior, y también como cuestión de inadmisibilidad, conforme a lo que se informa en el “anuncio oficial” de la supuesta sentencia No. 122 de la Sala Electoral, el “recurso contencioso electoral” que habría sido intentado por el Sr. Brito, no encajaría dentro de las competencias legales de la Sala Electoral, pues como se indico, no se habría impugnado ningún acto de algún órgano del Poder Electoral, ni tampoco acto alguno de “naturaleza electoral de organizaciones no estatales con fines políticos o de la sociedad civil. Es decir, no se habría intentado contra un acto de alguna organización de la sociedad mediante el cual se hubiese elegido a los miembros de los órganos de dirección de las mismas. Por ello, lo que debió haber decidido la Sala Electoral si es que el recurso se intentó, era la declaratoria de su propia incompetencia para conocer del mismo.

Al contrario, la Sala Electoral, “anunció” en el “aviso” que mediante la desconocida sentencia habría resuelto declarar:

“1) Su *competencia* para conocer el presente Recurso Contencioso Electoral ejercido con Amparo Cautelar contra la “Comisión Nacional de Primarias” y todos los actos dictados en el “proceso del evento político de primarias” realizado el 22 de octubre de 2023, de cara a las venideras elecciones presidenciales de la República Bolivariana de Venezuela en el año 2024.”

Una decisión semejante lo que pondría en evidencia sería es la más absoluta ignorancia por parte de la Sala Electoral de las reglas que rigen su propia competencia.

Como lo ha explicado con meridiana claridad la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en su pronunciamiento del día 30 de octubre de 2023:

“3.- Ese ejercicio de los derechos políticos, no constituye usurpación de función publica alguna del Consejo Nacional Electoral (CNE), conforme a la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE). En efecto, dicho ente comicial, solo actúa en este tipo de proceso, si los organizadores del evento electoral así lo solicitan. Por su parte, el artículo 293 constitucional dispone que el CNE tiene entre sus competencias, organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos “en los términos que señale la ley”. En ese sentido, la LOPE dispone en su artículo 33, numeral 2,

la competencia del CNE para organizar aquel tipo de elecciones, “respetando su autonomía e independencia”, en pleno acatamiento de los tratados internacionales suscritos por Venezuela sobre la materia, con el solo objeto de “suministrarles el apoyo técnico y logístico correspondiente”. El mismo párrafo de la ley, a renglón seguido, dispone luego de mencionar las elecciones de gremios profesionales, organizaciones con fines políticos y de la sociedad civil que, en este último caso, el CNE ejercerá su competencia “cuando así lo soliciten o cuando se ordene por sentencia firme de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”.

3.- De las normas constitucionales y legales citadas, debe interpretarse que: (i) la organización de las elecciones a que se refiere el ordenamiento jurídico son las internas de los partidos políticos, pero no la selección de sus candidatos a cargos de elección popular; (ii) la competencia del CNE se limita a suministrarles apoyo técnico y logístico, pero no a celebrarlas y; (iii) para que proceda dicho apoyo del CNE lo debe solicitar el partido político cuya elección interna se va a realizar o haberlo ordenado sentencia firme de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

4.- Es un hecho público notorio que la Comisión Nacional de Primarias (CNP) solicitó al CNE el apoyo técnico y logístico correspondiente, solicitud a la que no se dio respuesta por varios meses; no habiendo sido sino pocos días antes de celebrarse las elecciones primarias que se reunieron la CNP y el CNE para discutir el posible apoyo técnico y logístico que éste podía brindar. En ese proceso nunca expresó el CNE que la organización de esa elección primaria era de su competencia exclusiva y excluyente.”³

De modo que, no sólo la Sala Electoral tendría que haber declarado que carecía de competencia para conocer del supuesto “recurso contencioso electoral,” sino que debería haber declarado expresamente la inadmisión del mismo porque la “Comisión Nacional de Primarias,” además, no es ni siquiera es una “organización con fines políticos” (partidos políticos) en los términos del artículo 67 de la Constitución, por lo que sus actos y actuaciones en ningún caso podrían ser impugnados ante la Sala Electoral.

Al contrario, sin embargo, contra todo principio jurídico aplicable al caso, la Sala Electoral anuncia en su “aviso” que habría decidido admitir el “Recurso Contencioso Electoral interpuesto por el ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional José Dionisio Brito Rodríguez.”

V. LA ILEGÍTIMA DECLARATORIA CON LUGAR DE UN “AMPARO CAUTELAR” Y LA SUPUESTA “SUSPENSIÓN” DE TODOS LOS EFECTOS DE LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO ELECTORAL CONDUCTO POR LA “COMISIÓN NACIONAL DE PRIMARIAS”

El desquiciamiento del orden jurídico y del rol esencial de un tribunal en la búsqueda de la justicia, que es su obligación primordial, llega a niveles de paroxismo nunca antes vistos en este “aviso” de la Sala Electoral, al anunciarse la emisión de una sentencia desconocida, que habría declarado la “procedencia” de una solicitud de amparo cautelar contra el proceso conducido por la Comisión Nacional de Primarias. No sólo se desconoce cual habría sido el derecho constitucional del “recurrente” que se habría denunciado como violado o amenazado de violación, sino que tampoco se sabe cuál pudo haber sido la prueba que habría presentado el recurrente ante la Sala Electoral, que habría sido tan determinante y convincente, como para que de inmediato sus Magistrados captaran la existencia de una supuesta presunción de su buen derecho, o de algún peligro de mora o de daño respecto del recurrente, que habría ameritado, *ex post facto*, dictar la medida que pretende borrar el pasado, y *suspender* “todos los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la “Comisión Nacional de Primarias,” es decir, de hechos que ya ocurrieron y pasaron.

¿Qué es esto? Habría que preguntarse. ¿En qué consiste esto?

En decir, dejando aparte el absurdo evidente, cabe preguntarse:

¿Es que con la decisión anunciada se pretende declarar y decidir que la Comisión Nacional de Primarias no hizo lo que hizo durante meses en el desarrollo del proceso de escogencia del candidato de oposición para la elección presidencial de 2024?

¿Cómo se suspenden los efectos de hechos que en la realidad ocurrieron?

¿Cómo se puede “suspender” el hecho real y efectivo de que la Comisión de Primarias organizó dicho proceso, en todas sus fases?

³ Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-las-elecciones-primarias/>

¿Cómo se pueden suspender los efectos del hecho real y efectivo de que el 22 de octubre de 2023 se constituyeron cientos de mesas de votación en todo el país y en el exterior, y de que efectivamente concurren más de dos millones de personas y manifestaron su opinión mayoritariamente por la candidata María Corina Machado?

¿Cómo se pueden suspender los efectos de todo eso, si se trata de hechos que ya se realizaron, cumplieron y agotaron?

De nuevo, hay que recordarle a la Sala Electoral que los hechos pasados ya cumplidos y sus efectos no se pueden “suspender.” El pasado no se puede borrar, y menos mediante decisión judicial de un tribunal incompetente.

VI. LAS INCONSTITUCIONALES “ORDENES” DADAS A LA COMISIÓN NACIONAL DE PRIMARIAS QUE LA MISMA NO ESTÁ OBLIGADA A CUMPLIR

Pero el paroxismo de la patología de la “justicia electoral” en Venezuela, que ha quedado reflejado en este caso, puede decirse que tiene su cúspide en la “orden” judicial que la Sala Electoral habría emitido a través de la supuesta sentencia, todas las cuales serían inconstitucionales, y que nadie en su sano juicio podría estar obligado a cumplir.

Y es que como si lo que ya se ha dicho no bastare, hay que advertir que en el “aviso” que da cuenta de la supuesta sentencia clandestina, omitiéndose cualquier indicación respecto de los elementos de convicción que el recurrente habría podido consignar con su recurso, es decir, sin mencionarse los documentos fundamentales que se habrían presentado con el “recurso,” en dicho “aviso” se indica que se habría ordenado a la “Comisión Nacional de Primaria” de conformidad con el artículo 184 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, remitir a la Sala Electoral:

“los Antecedentes Administrativos, contentivos de las veinticinco (25) fases que deben regir al Proceso Electoral, desde la Convocatoria y su constitución como Comisión Electoral, pasando por el Cronograma Electoral, Registro Electoral con sus lapsos de impugnación y depuración, Postulaciones con sus lapsos de impugnación y depuración, incluyendo el Acta de Aceptación de la Postulación, formulada por la ciudadana inhabilitada de manera firme por quince (15) años, María Corina Machado; así como las renunciaciones del ciudadano Henrique Capriles, inhabilitado de manera firme por quince (15) años, Freddy Superlano, inhabilitado de manera firme por siete (7) años, y las de cualquier otro ciudadano o ciudadana que haya decidido renunciar a su candidatura; las Actas del evento celebrado el 22 de octubre de 2023, incluidas las Actas de Constitución de las Mesas Electorales, los Cuadernos de Votación, las Papeletas de Votación, las Actas de Escrutinios, así como las Actas de Totalización Regionales, el Acta de Totalización Definitiva, el Acta de Adjudicación y la de Proclamación. Debiendo también remitir un Informe sobre los aspectos de hecho y de derecho, indicando el mecanismo empleado para el resguardo del material electoral y el lugar destinado a tal efecto; todo ello relacionado con la demanda, según lo establecido en el artículo 184 *eiusdem*, en un lapso de tres (3) días de despacho contados a partir de su notificación.”

De entrada hay que observar que la Sala Electoral, de haber dictado semejante medida lo habría hecho ignorando lo que prevé el artículo 184 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que anunciaría como base legal para ello, y que establece que el requerimiento de “antecedentes administrativos” solo se puede formular al “ente u órgano demandado”; siendo que de acuerdo al artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, los “entes y órganos” solo pueden ser los que están integrados en la Administración del Estado.

La Comisión Nacional de Primarias no es ni un “órgano” ni un “ente” de la Administración Pública y no puede ser objeto de un requerimiento de esta naturaleza; menos aún, si el material utilizado para el desarrollo del proceso de las primarias, según entiendo, estaba previsto en las bases del proceso, ya habría sido destruido para el momento de la aparición del “aviso” de la sentencia clandestina, el 30 de octubre de 2023.

VII. LA INCONSTITUCIONAL AFIRMACIÓN JUDICIAL DE QUE DETERMINADOS CANDIDATOS A LAS PRIMARIAS ESTÁN INHABILITADOS DE MANERA FIRME

Pero lo más grave de la orden de la Sala Electoral que, como se ha señalado, además de ser inconstitucional sería de imposible cumplimiento, es que según se anuncia en el “aviso” de la sentencia clandestina, en la decisión se habría afirmado y dado por cierto y firme, en forma absolutamente ilegal e inconstitucional, que determinados candidatos de la oposición habrían sido inhabilitados políticamente.

En particular, el “aviso” da cuenta de que al requerirse de la Comisión Nacional de Primarias la remisión del “Acta de Aceptación de la Postulación,” formulada por los candidatos, la Sala Electoral habría afirmado impudicamente, es decir, literalmente, según el *Diccionario de la Real Academia*, “deshonestamente, sin pudor, sin recato, con el cinismo propio de defender cosas vituperables,” que “*María Corina Machado* supuestamente estaría “*inhabilitada de manera firme por quince (15) años;*” que *Henrique Capriles* supuestamente estaría “*inhabilitado de manera firme por quince (15) años*” y que *Freddy Superlano*, estaría supuestamente “*inhabilitado de manera firme por siete (7) años.*”

Estas “afirmaciones” que se hacen en el texto del “aviso” de la supuesta sentencia, y que se presume estarían incluidas en el texto de la misma, son por supuesto absolutamente inconstitucionales, por violatorias de los derechos políticos de estos ciudadanos, en particular del derecho a ser electo, que solo puede restringirse por decisión judicial, que en ningún caso se ha dictado contra ellos (art. 65, Constitución).

¿En qué se podría haber basado la Sala Electoral, como se informe en el “aviso” para afirmar que María Corina Machado estaría “inhabilitada de manera firme por 15 años”?

María Corina Machado no está inhabilitada políticamente en forma alguna. No hay decisión administrativa ni judicial alguna que haya impuesto tal sanción contra ella en algún procedimiento administrativo o judicial en el cual se haya respetado el debido proceso. Es sabido que en 2015 fue dictada en su contra una decisión de inhabilitación política por el Contralor General de la República con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría por el lapso de 12 meses, que concluyó en 2016. Pero con posterioridad no ha habido procedimiento alguno en su contra, ni decisión alguna que la haya inhabilitado, y menos por 15 años.

Cabría preguntarse, si habrá sido que el recurrente habría presentado ante la Sala Electoral, como documento fundamental de su “improponible” “recurso,” la ilegal “certificación de mera relación” que le emitió un funcionario subalterno de la Contraloría General de la República (Director de Procedimientos Especiales) mediante oficio No. DGPE-23-08-00-008 de fecha 27 de junio de 2023, violando la prohibición que está establecida para todos los funcionarios en el artículo 172 de la ley Orgánica de la Administración Pública, en la cual ese funcionario subalterno afirmó que:

*“se continúa con la investigación patrimonial encontrándose que la ciudadana María Corina Machado Parisca, titular de la cedula de identidad No. V.-6.914.799, está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el periodo de quince (15) años, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y numeral 2 del artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción.”*⁴

No solo esa afirmación no tiene asidero legal alguno, sino que no está contenida en un acto administrativo en el cual esté impuesta alguna sanción de inhabilitación. En la “certificación de mera relación” citada únicamente se da cuenta de la continuación de una investigación en la cual supuestamente se habría “encontrado” - como quien encuentra un objeto en una gaveta - que la Sra. Machado “*está inhabilitada para el ejercicio de cualquier cargo público por el periodo de quince (15) años, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*”

Por lo visto, el funcionario subalterno, al hacer su ilegal relación, no se percató que la norma que cita le atribuye al Contralor General de la República la competencia *exclusiva y excluyente* para dictar Resoluciones decretando (así sea inconstitucionalmente) las inhabilitaciones políticas, y que en el caso de la Sra. Machado, no existe Resolución alguna del Contralor General mediante la cual se haya tomado tal decisión, y que haya sido publicada en la *Gaceta Oficial* como todas las de ese tipo.

Por ello puede afirmarse, sin lugar a duda, que María Corina Machado no está inhabilitada, con lo cual la Sala Electoral habría incurrido en un grave, inexcusable y craso error de haber afirmado, como da cuenta en su “aviso” y sin fundamento legal alguno, que supuestamente estaría “inhabilitada de manera firme por quince años.” Para el día 7 de noviembre de 2023, a las 5 pm, la supuesta sentencia No 122, que se habría sido dictada en un proceso judicial de “recurso contencioso electoral” permanece en la clandestinidad, por lo que no queda otra vía al intérprete que analizar lo que oficialmente se ha “anunciado” de la sentencia en el antes transcrito “aviso.”

⁴ Véase el texto de dicho documento en mi estudio: Allan R. BREWER-CARÍAS, -El intento de inhabilitación política contra María Corina Machado, en el marco del colapso total del país, producto de la guerra que un Estado depredador, conducido por una *clepto kakistocracia*, ha desatado contra la ciudadanía,- New York, 2 de julio de 2023. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/07/Allan-R-Brewer-Carias.-El-burdo-intento-de-inhabilitar-politica-mente-a-Maria-Corina-machado-2-7-2023-1.pdf>

En todo caso, por la ausencia de su publicación, la sentencia no pudo ser del conocimiento del *Comité de Derechos Humanos* de la ONU para cuando elaboró las “*Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*”, publicadas en Ginebra el 3 de noviembre de 2023 (tres días después de la publicación del “aviso”). De haber sido de su conocimiento, ello hubiera podido reforzar lo que en dichas *Observaciones* se afirma, en el sentido de que:

35. [...] El Comité continúa seriamente preocupado por la situación del Poder Judicial en el Estado parte, particularmente en lo que atañe a su autonomía, independencia e imparcialidad, especialmente dado los supuestos vínculos de varios jueces y magistrados, incluso del Tribunal Supremo de Justicia con los partidos políticos. Asimismo, preocupan las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que cercenan los derechos de participación política con la destitución de representantes públicos elegidos democráticamente, su ilegal arresto y la negación de sus privilegios e inmunidades constitucionales (art. 2 y 14). / “45. El Comité observa con gran preocupación las denuncias sobre las restricciones al espacio democrático, ya sea por acción u omisión, de las *instituciones judiciales* y constitucionales como el Consejo Nacional Electoral, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, y el *Tribunal Supremo de Justicia*, incluido mediante la inhabilitación política para impedir que miembros de la oposición se postulen a cargos públicos. En este sentido, lamenta los informes indicando que algunos opositores políticos han sido ya inhabilitados para participar en las elecciones presidenciales previstas para 2024 [...]”

De lo anterior, formuló el Comité, de nuevo, reiteradas recomendaciones al Estado como la de exigir:

“La celebración de elecciones nacionales, regionales y municipales justas, transparentes, inclusivas y pluralistas, garantizando el debido proceso y la transparencia en los procedimientos administrativos llevados a cabo por la Contraloría General de la República con respecto a las inhabilitaciones de candidatos a cargos públicos, garantizando un recurso judicial efectivo contra tales inhabilitaciones” (par. 46.b).⁵

Lo lamentable ante estas *Recomendaciones* es que a pesar de que no son las primeras que se formulan al país, todo sigue igual o peor, continuando los ciudadanos con su lamento

Pobre justicia la venezolana, dirigida por jueces de la calaña de los que integran la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; y pobres derechos políticos de los venezolanos que están a la merced de este tipo de magistrados, representantes conspicuos de la *kakistocracia* que nos gobierna desde hace más de veinte años y que no cesa de burlarse de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.⁶

⁵ Disponible en: <https://provea.org/actualidad/derechos-civiles-y-politicos/observaciones-finales-sobre-el-5to-informe-periodico-de-venezuela/>

⁶ Véase sobre ello Allan R. BREWER-CARÍAS, *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas. El falso Estado de derecho en Venezuela*. Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2023. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/07/A.R.-Brewer-Carias.-KAKISTOCRACIA-DEPREDADORA-E-INHABILITACIONES-POLITICAS.-Falso-Estado-de-derecho-en-Venezuela.-julio-2023-PORT.pdf>

98. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL No. 1469 DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 DECLARANDO “CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA

Revista de Derecho Público, N° 175-176, julio-diciembre 2023,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 386-394

Resumen: *Este artículo se refiere a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia asumió una competencia no especificada en la Constitución ni en la Ley Orgánica que la rige, para pronunciarse a priori sobre la constitucionalidad de las preguntas de un referendo consultivo convocado por el Consejo Nacional Electoral a requerimiento del Presidente de la República.*

Palabras Clave: *Referéndum Consultivo. Control de constitucionalidad.*

Abstract: This article refers to the ruling of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal to assume powers to judicial review the questions of a Consultative Referendum convened by the National Electoral Council at the request of the President of the republic, not having pursuant to the Constitution or its Organic Law jurisdiction whatsoever to decide on such matter in an apriori way.

Key words: *Consultative Referendum. Judicial Review.*

La Asamblea Nacional, conforme al artículo 71 de la Constitución, el día 21 de septiembre de 2023 tomó la iniciativa de convocar un referendo consultivo para “fortalecer la defensa de la soberanía de Venezuela sobre la Guayana Esequiba,”¹ habiendo remitido en esa misma fecha el Acuerdo respectivo, al Consejo Nacional Electoral para su tramitación.

El Consejo Nacional Electoral aprobó la realización del referendo para el día 3 de diciembre de 2023 mediante Resolución No. 231023-0109 del día 23 de octubre de 2023, la cual supuestamente se habría publicado en *Gaceta Oficial* No. 42.746 del 31 de octubre de 2023, según se desprendía del “sumario” de la misma publicado en la página web de la Imprenta Nacional el día 10 de noviembre de 2023,² habiendo estado disponible el texto de dicha *Gaceta* en dicha página solamente a partir del 16 de noviembre de 2023.

I. LA REMISIÓN DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO A LA SALA CONSTITUCIONAL PARA QUE SE PRONUNCIARA SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

En la mencionada Resolución del Consejo nacional Electoral, sin mencionar base constitucional o legal alguna, el mismo decidió remitir su Resolución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia requiriéndole se pronunciara sobre la “constitucionalidad” de las preguntas del referendo consultivo convocado por iniciativa de la Asamblea Nacional para realizarse el 3 de diciembre de 2023.

¹ Véase la información oficial en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/plenaria-parlamentaria-entregara-solicitud-de-referendo-consultivo-al-cne>

² Véase los comentarios de la reseña -Las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en Defensa de la Guayana Esequiba- 16 de noviembre de 2023, en Morfema Press, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/preguntas-que-se-formularan-en-el-referendo-consultivo-en-defensa-de-la-guayana-essequiba/>

Hasta el 16 de noviembre cuando circuló la *Gaceta Oficial* con el texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral, el texto oficial de las preguntas formuladas para el Referéndum Consultivo, solo se conocieron por la publicación de la misma Resolución del Consejo Nacional Electoral en la *Gaceta Electoral* No. 1036 del 23 de octubre de 2023.³

Dichas preguntas son las siguientes:

PRIMERA: ¿Está usted de acuerdo en rechazar por todos los medios, conforme al Derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?

SEGUNDA: ¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?

TERCERA: ¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?

CUARTA: ¿Está usted de acuerdo en oponerse, por todos los medios conforme a Derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente por delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?

QUINTA: ¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?"

II. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DECLARANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO

La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 1469 de 31 de octubre de 2023,⁴ declaró la *constitucionalidad* de las preguntas del referendo consultivo. El texto de la sentencia, sin embargo, no se conoció sino el 12 de noviembre de 2023 cuando se incluyó en la página web del Tribunal Supremo. Durante ese tiempo, únicamente se conoció de la sentencia el texto del “aviso” de su emisión publicado en la página web del Tribunal Supremo, el cual por lo demás debía ser publicado también en la *Gaceta Oficial* como se ordena en la misma.

La circulación *de hecho* tanto del texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral el 10 de noviembre de 2023 como de la sentencia el 12 de noviembre de 2023, muy probablemente se debió a que luego de que Guyana hubiera presentado ante la Corte Internacional de Justicia el día 27 de octubre de 2023⁵ una petición de medidas provisionales contra el referendo consultivo a celebrarse en Venezuela, dicha Corte, el 10 de noviembre de 2023, le solicitó a los representantes de Guyana y Venezuela, que en las Audiencias que convocó para los días 14 y 15 de noviembre de 2023⁶ para oír argumentos de las partes antes de decidir sobre las medidas provisionales, le informaran, entre otros temas, sobre si el Tribunal Supremo de Venezuela se había pronunciado sobre la “constitucionalidad” del referendo consultivo.

En nuestro criterio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo emitió la referida sentencia No. 1469 de 31 de octubre de 2023 en forma totalmente inconstitucional, pues no existe norma constitucional o legal que le atribuya la competencia para conocer sobre la constitucionalidad - o inconstitucionalidad - de los referendos antes de su realización, a petición del Consejo Nacional Electoral.

La única manera en la cual la Sala podría haberse pronunciado sobre ello era si se hubiera intentado alguna acción popular de inconstitucionalidad contra el referendo consultivo, la cual nadie intentó, pues, como ya se ha señalado, la Sala emitió dicho fallo exclusivamente a solicitud del Consejo Nacional Electoral sin que éste tuviese competencia constitucional o legal alguna para formular tal requerimiento, y sin que la sala tuviese competencia para tomar esa decisión.

³ Disponible en: http://www.cne.gob.ve/web/gacetas_electorales/gacetas/2023/gaceta_electoral_1036.pdf

⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/329789-1469-311023-2023-23-1081.HTML>

⁵ El texto de la petición de Guyana está disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231030-wri-01-00-en.pdf>

⁶ El texto de las ordenes de la Corte Internacional de Justicia están disponibles en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231109-pre-01-00-en.pdf>

III. LAS COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS ESTATALES

En efecto, la referida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No. 1469 de 31 de octubre de 2023 dictada a petición del Consejo Nacional Electoral, y declarando la constitucionalidad de las preguntas del referendo consultivo plantea, de entrada, la necesidad de determinar la competencia de la Sala para haberla dictado y del Consejo Nacional Electoral para haberla requerido.

Tanto el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, como todos los órganos que ejercen el Poder Público, solo tienen poder para actuar conforme a las competencias que le asignan expresamente la Constitución y las leyes. Están sujetos, como todos los órganos del Estado, al principio de legalidad contenido en el artículo 137 de la Constitución que dispone:

“Artículo 137, Esta *Constitución* y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

En consecuencia, ningún órgano que ejerza el Poder Público, incluido el Tribunal Supremo y sus Salas, puede realizar actividades no previstas ni autorizadas expresamente en la Constitución o en las leyes.

En materia de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, el Consejo Nacional Electoral no tiene competencia para requerir de la Sala Constitucional que se pronuncie sobre la constitucionalidad de sus actos; y la Sala Constitucional no es libre de actuar como y cuando desee.

La Constitución, en particular, le atribuye a la Sala Constitucional el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional (art. 266.1), con competencias específicamente enumeradas en el artículo 336 que dan lugar a diversos procesos y procedimientos constitucionales.

1. *Sobre algunos procesos constitucionales*

En cuanto a los procesos constitucionales, los mismos se establecen en los numerales 1 a 4 del artículo 336 de la Constitución, para que la Sala Constitucional pueda controlar, con poderes anulatorios cuando sean violatorios de la Constitución, la constitucionalidad de los siguientes actos estatales: las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional; las *Constituciones* y *leyes estatales*, las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución; los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional; y los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

Siguiendo el sentido de estas previsiones constitucionales, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia le asigna a la Sala Constitucional las siguientes competencias expresas, que pueden dar lugar al desarrollo de los siguientes procesos constitucionales de control concentrado de la constitucionalidad:⁷

A. El control de constitucionalidad de las Leyes y actos de rango legal de la Asamblea Nacional, conforme al artículo 25.1 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Las leyes son los actos definidos en el artículo 23 de la Constitución y los otros actos con rango de ley de la Asamblea Nacional serían aquellos actos parlamentarios sin forma de ley dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como los *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates, por ejemplo), o, por ejemplo, un Acuerdo tomando la iniciativa de convocar un referendo consultivo (art. 71 de la Constitución).

B. El control de constitucionalidad de las Leyes estatales y municipales y actos de los órganos legislativos estatales y municipales dictados en ejecución directa de la Constitución, conforme al artículo 25.2 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones* y *leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ella”.

⁷ Véase sobre ello: Allan R. BREWER-CARÍAS, -Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales, en libro Allan R. BREWER-CARÍAS y Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2020, pp. 105 ss.

C. *El control de constitucionalidad de los actos de rango legal del Ejecutivo Nacional*, conforme al artículo 25.3 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* que sean dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Esta norma se refiere, básicamente, a los decretos leyes dictados en virtud de ley habilitante (Art. 203), así como a las regulaciones que deba dictar el Ejecutivo Nacional en caso de restricción de garantías derivadas de un decreto de estado de excepción (Art. 339).

D. *El control de constitucionalidad de los actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución*, conforme al artículo 25.4 de la Ley Orgánica que le atribuye competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de los actos *en ejecución directa e inmediata de la Constitución*, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con aquella”.

El medio procesal para el inicio de los anteriores procesos constitucionales es siempre la *acción popular de inconstitucionalidad* que es como la Sala Constitucional puede en esos casos ejercer el “control concentrado de la constitucionalidad”, el cual, de conformidad con la Constitución, como lo precisa el artículo 32 de la Ley Orgánica:

“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. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda.”

Con esta disposición expresa, se estableció el principio dispositivo en materia procesal constitucional para el inicio del control concentrado de la constitucionalidad, mediante el ejercicio de la acción popular, habiendo adquirido rango legal la terminología “recurso popular de inconstitucionalidad.” El principio lo repite el artículo 89 de la Ley Orgánica al indicar que “el Tribunal Supremo conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada,” salvo la posibilidad de “actuar de oficio en los casos que disponga la ley.”

Por ello, la única excepción al principio dispositivo es la actuación de oficio, que queda limitada a lo que disponga la ley, como en el caso del artículo 32 de la Ley Orgánica en cuanto a la posibilidad para la Sala de sólo suplir de oficio las deficiencias o técnicas del demandante solamente. La Ley Orgánica también estableció otro límite al principio dispositivo al permitir el inicio de un proceso de control concentrado de la constitucionalidad de oficio como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de alguna ley que efectúe en un proceso (art. 34 de la Ley Orgánica).

Aparte de las competencias anteriores, también como procesos constitucionales que deben iniciarse mediante acción popular están los que resultan de las competencias de la Sala Constitucional para “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta”(art. 366.7 de la Constitución); y para “resolver las colisiones entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer (art. 366.8 de la Constitución).

2. *Sobre algunos procedimientos constitucionales*

En cuanto a los procedimientos constitucionales, la Constitución y la Ley Orgánica le asignaron a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en forma expresa, competencias para ejercer de control de constitucionalidad *en forma previa* pero solamente respecto de determinados actos estatales, en los siguientes cuatro casos:⁸

A. *El procedimiento de control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales* previsto en el artículo 336.5 de la Constitución, que estableció la competencia de la Sala Constitucional, para: Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación”, lo que se repite en el artículo 25.5 de la Ley Orgánica. La peculiaridad fundamental de este procedimiento es que la legitimación activa para el inicio del mismo se reserva al Presidente de la República o a la

⁸ Véase sobre ello: Allan R. BREWER-CARÍAS, -Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales,- en libro Allan R. BREWER-CARÍAS y Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, caracas 2020, pp. 126 ss.

Asamblea Nacional como órgano colegiado mediante solicitud motivada antes de la ratificación del Tratado. La norma no le atribuye la iniciativa al Presidente de la Asamblea Nacional, por lo que la solicitud debe ser aprobada por decisión mayoritaria de la Asamblea.

B. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción* previsto en el artículo 336.6 de la Constitución, a cuyo efecto, 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, incluso hacerlo *de oficio*. Esta competencia se repite en el artículo 25.6 de la ley Orgánica, siendo este el único supuesto previsto en la Constitución para que la Sala pueda iniciar de oficio el control de constitucionalidad de un acto estatal.

C. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de ciertas leyes orgánicas* previsto en el artículo 203 de la Constitución, respecto de las cuales la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de las mismas que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional, antes de su promulgación. No se trata, por tanto, de un procedimiento de control de constitucionalidad establecido respecto de cualquier ley orgánica, sino de sólo de aquellas así calificadas por la Asamblea Nacional, al admitirse el proyecto respectivo con el voto de las 2/3 partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley, que son una de las cinco categorías de leyes orgánicas reguladas en la norma.

Conforme a la Constitución, el Presidente de la Asamblea o el Presidente de la República deben remitirlas, *automáticamente*, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que ésta se pronuncie acerca de la constitucionalidad de ese carácter orgánico. Debe mencionarse, sin embargo, que la Ley Orgánica de 2010, estableció una competencia general que no se ajusta al sentido de la norma constitucional, al atribuir a la Sala Constitucional competencia para “determinar, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes que sean sancionadas por la Asamblea Nacional; revisión judicial que el Artículo 25.17 de la Ley Orgánica extendió expresamente respecto del carácter orgánico en relación con los decretos leyes que dicte el Presidente de la República.

D. El procedimiento constitucional de control preventivo de la constitucionalidad de leyes sancionadas por la Asamblea Nacional antes de su promulgación previsto en el artículo 214 de la Constitución, establecido también en el artículo 25.15 de la ley Orgánica. En estos casos, al recibir la ley sancionada para su promulgación, corresponde al Presidente de la República, solicitar a la Sala Constitucional en forma fundamentada y argumentada en derecho, en el lapso que tiene para promulgar las leyes, la revisión de la ley por cuestiones de constitucionalidad.

Salvo estos cuatro casos de control preventivo de constitucionalidad de actos estatales que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a solicitud, según los casos, del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional y el Presidente de la misma no existe en el ordenamiento constitucional o legal venezolano ningún otro caso de control preventivo de la constitucionalidad de los actos estatales que pueda conocer la Sala Constitucional.

IV. LA INCONSTITUCIONAL E INMOTIVADA SENTENCIA NO 1.469 DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 QUE DECLARÓ LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS PREGUNTAS DEL REFERENDO CONSULTIVO

Conforme a lo anterior, en consecuencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo no tiene competencia expresa alguna para conocer de la constitucionalidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual tomó la iniciativa de convocar un referendo consultivo sobre la cuestión de la reclamación del Territorio Esequibo, y de las preguntas que contiene.

Igualmente, el Consejo Supremo Electoral tampoco tenía competencia alguna para remitir a la Sala Constitucional, sin base constitucional o legal alguna, como se indicó al inicio de la sentencia No. 1469 de fecha 31 de octubre de 2023:⁹

“el oficio identificado con las siglas “PRES/N°0238/2023”, del día 24 de octubre del corriente año, suscrito por el ciudadano Elvis Amoroso, presidente del Consejo Nacional Electoral, en el que solicita que esta Sala “...se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el tres (3) de diciembre de 2023...”.

⁹ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/329789-1469-311023-2023-23-1081.HTML>

Ante semejante solicitud -en cuyo texto el presidente del Consejo Nacional Electoral por supuesto no indicó la norma constitucional o legal que podía soportarla-, lo que la Sala Constitucional debió haber hecho era declarar que carecía de competencia para pronunciarse.

La Sala Constitucional, sin embargo, procedió a “fijar preliminarmente su competencia funcional para efectuar el pronunciamiento respecto al requerimiento expresado por el Consejo Nacional Electoral” por supuesto sin hacer mención a la base constitucional o legal alguna para fundamentar su competencia y solo haciendo referencia a los artículos 2 (sobre el Estado democrático) y 70 (sobre el derecho a la participación política) de la Constitución, declaró pura y simplemente que;

“tomando en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dotó a esta Sala Constitucional de la facultad para conocer de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta; es por lo que este órgano judicial, cúspide de la jurisdicción constitucional, actuando como máxima y última intérprete del texto constitucional, entiende que la petición a la que se circunscribe este asunto inmiscuye un control innominado de la Constitución, por lo que afirma su competencia funcional para conocer de la misma. Así se decide.”

La citada declaración de la Sala equivale a decir que se declara competente porque *le da la gana*, pero no porque la Constitución o la ley le hayan atribuido la competencia para revisar, a petición del Consejo Nacional Electoral, la constitucionalidad de las preguntas del referendo consultivo convocado a iniciativa de la Asamblea Nacional.

Luego de declarar su competencia en la forma antes mencionada, -incurriendo en el mismo vicio de falta de motivación que afecta al Laudo Arbitral de 1899- la Sala Constitucional, igualmente sin motivación alguna, procedió a declarar:

“La constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el referendo consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023; por lo que ratifica constitucionalmente el contenido de las referidas interrogantes.”

La Sala Constitucional, en efecto, no analizó en forma alguna la “constitucionalidad” o “inconstitucionalidad” de las preguntas que declaró “constitucionales”, sino que en las “consideraciones decisorias” de su sentencia se limitó a pasar revista de diversas previsiones constitucionales incluidas en el Preámbulo de la Constitución y en diversos de sus artículos que declaran al Estado en Venezuela como un Estado democrático y Social de derecho, que regulan el gobierno democrático, que regulan el derecho a la participación política, que establecen el modelo democrático electivo, participativo y protagónico de la Constitución de 1999; con referencias históricas a la democracia de la Grecia antigua, a la “ilusión de participación” que se asigna a la Constitución de 1961, a la Constitución de Weimar, y con profusión de citas de autores españoles e italianos para buscar definir la democracia política y social, el sistema democrático, la cultura democrática del pueblo, el derecho político ciudadano a la participación política; y que regulan el referendo consultivo como mecanismo de democracia directa.

Con base en ello, la Sala declaró que lo que iba a ser objeto de su análisis:

“es la constitucionalidad de las preguntas ideadas para su realización, para así determinar si coliden con los presupuestos normativos, principios y garantías que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado el caso de consulta a la población sobre una determinada cuestión de delimitación territorial de evidente y especial trascendencia nacional.”

A continuación de esta precisión, en su sentencia la Sala pasó a considerar al referendo consultivo como un “medio de participación directa,” que consideró como “facultativo” (en tanto que su iniciativa depende de la voluntad de ciertas autoridades competentes, así como de la iniciativa popular”) y como “un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor intervención ciudadana en torno a la toma de decisiones de especial trascendencia;” señalando en cuanto a su “eficacia jurídica,” que “consiste en una consulta a la población sobre su parecer en determinadas materias consideradas de especial trascendencia.”

La Sala, además, consideró en cierta forma contradictoria, que la “finalidad” del referendo consultivo:

“no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias toda vez que el resultado del referendo consultivo *supone un mandato constitucional* a través del ejercicio directo de la voluntad popular.”

No se entiende cómo si el referendo supone un *mandato constitucional*, ello no sea una *toma de decisiones* por el electorado.

En todo caso, después de estas precisiones, la Sala Constitucional pasó a considerar que la “estructura semántica” de las preguntas formuladas “reviste un orden lógico de formación que permite la fácil identificación de las políticas de acción con las que se pretende abordar un tema de protección y preservación del territorio nacional en su integridad” lo que consideró revestía “una especial y transcendental importancia,” concluyendo, pura y simplemente, sin motivación alguna, en que:

“en el ejercicio apreciativo del texto interrogativo *supra* transcrito, no se evidencian colisiones con los presupuestos normativos contenidos en la Constitución o a los principios o garantías que se desprenden de la misma, por lo que esta Sala, actuando como la máxima garante del texto constitucional, decreta la constitucionalidad de las preguntas con las que se desarrollará el Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023, y así se decide.”

Con base en esta decisión, la Sala concluyó declarando la “constitucionalidad” de las preguntas del referendo consultivo, cuando lo que resulta del texto de las preguntas es que lo que afirma la Sala no es verdad. Las preguntas del referendo no son constitucionales; algunas de las preguntas del referéndum, en realidad, son inconstitucionales, como ya lo hemos analizado en otro lugar.¹⁰

Debe destacarse, por otra parte, que sin analizar realmente la constitucionalidad o no de las preguntas formuladas, la Sala Constitucional sí hizo referencia a los derechos históricos de Venezuela plasmados constitucionalmente desde 1830, en lo que actualmente es la norma del artículo 10 de la Constitución de 1999, y agregó la afirmación, sin que ello tuviera relación alguna con lo que supuestamente decidió, de que “la ruta trazada” en el Acuerdo de Ginebra de 1966 “se circunscribe al uso de mecanismos de concertación, *con exclusión de aquellos estrictamente judiciales*,” ignorando no solo que el artículo IV.2 de ese Acuerdo remite expresamente a los mecanismos de arreglo previstos en el artículo 33 de la Carta de la ONU, entre los cuales se enumera, precisamente “el arreglo judicial,” sino incluso que el propio gobierno de Venezuela, desde cuando se firmó el Acuerdo ya vislumbrado que la controversia conforme al mismo artículo, podía terminar en una revisión judicial como en efecto ha ocurrido ante la Corte Internacional de Justicia.¹¹

La Sala concluyó su sentencia ordenando “la publicación del texto íntegro de esta sentencia en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.”

¹⁰ Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, -El referendo sobre el Esequibo: errado, inconstitucional, inútil, inconveniente, inoportuno y contrario a los intereses del país (1)- en *El Nacional*, 14 de noviembre de 2023, Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-referendo-sobre-el-essequibo-errado-inconstitucional-inutil-inoportuno-y-contrario-a-los-intereses-del-pais-1> Brewer-Carías, -El referendo es contrario a los intereses del país,- en *La Razón*, 13 noviembre; y Allan R. Brewer-Carías de 2023. Disponible en: <https://larazon.net/2023/11/allan-r-brewer-carrias-el-referendo-sobre-el-essequibo-es-inconstitucional-irresponsable-y-contrario-a-los-intereses-del-pais/>

¹¹ Debe recordarse la exposición del Canciller Ignacio Iribarren Borges ante el Congreso el 17 de marzo de 1966, explicando el Acuerdo de Ginebra, en la cual dijo: -de acuerdo con los términos del artículo 4, el llamado Laudo de 1899, en caso de no llegarse antes a una -solución satisfactoria,- deberá ser revisado por medio de arbitraje o el recurso judicial- Véase la referencia en Asdrúbal Aguiar, -Venezuela y su Esequibo son la prioridad,- *Diario Las Américas*, 18 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.diariolasamericas.com/opinion/venezuela-y-su-essequibo-son-la-prioridad-n42> 16929

99. COMENTARIOS SOBRE EL AMPARO CONSTITUCIONAL DECRE- TADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL (SENTENCIA No. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023) CONTRA LA AMENAZA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA REPÚBLICA A SU SOBERANÍA E INTEGRIDAD TERRITORIAL Y DEL DERECHO CIUDADANO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA POR PARTE DE GUYANA Y DE LA CORTE INTERNACIO- NAL DE JUSTICIA, CON OCASIÓN DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PRELIMINARES ANTE LA MISMA CONTRA EL REFERENDO CON- SULTIVO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA GUAYANA ESEQUIBA

Revista de Derecho Público, N° 175-176, julio-diciembre 2023,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 395-412

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante la cual decretó un amparo en protección de los derechos de la república, contra las amenazas de violación de los mismos por parte de la República Cooperativa de Guyana y la Corte Internacional de Justicia.*

Palabras Clave: *Amparo contra Estados extranjeros; Amparo contra la Corte Internacional de Justicia.*

Abstract: *This jurisprudential comments refers to the judgment of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, by which it decreed an injunction (amparo) for the protection of the rights of the Republic, against threats of violation of those rights by the Cooperative Republic of Guyana and the International Court of Justice.*

Key words: *Action of protection against Foreign States; Action of protection against the International Court of Justice.*

I. LA DEMANDA DE AMPARO INTENTADA POR EL PRESIDENTE Y LA JUNTA DIREC- TIVA DE LA ASAMBLEA NACIONAL ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

El día 15 de noviembre de 2023, que fue el mismo día en el cual se realizó la Audiencia ante la Corte Internacional de Justicia para oír los argumentos de Venezuela sobre las medidas provisionales solicitadas por Guyana contra el referendo consultivo convocado por la Asamblea Nacional para realizarse el 3 de diciembre sobre la cuestión de la reclamación del territorio Esequibo, los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo recibieron en su sede al Presidente de la Asamblea Nacional, quien según información oficial, personalmente presentó:

“un escrito de amparo en defensa del referendo consultivo por el territorio de la Guayana Esequiba, que se realizará el próximo 03 de diciembre,” sobre el cual, según informó el propio Tribunal Supremo, la Presidenta de la Sala destacó que se trataba de “un asunto de gran relevancia nacional, razón por la cual el poder popular espera el pronunciamiento de sus juezas y jueces constitucionales.”

Recordó, además en dicho acto la Presidenta de la Sala que “el pasado 31 de octubre, la Sala Constitucional del alto juzgado, en la sentencia N° 1.469, declaró la constitucionalidad de las preguntas que se formularán en la consulta popular a efectuarse el venidero 03 de diciembre.”¹

¹ Véase Nota de Prensa del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de noviembre de 2023. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/-/presidenta-del-tsj-recibio-escrito-de-amparo-solicitado-por-la-an-en-defensa-del-referendo-consultivo-por-la-guayana-essequiba>

Por su parte, el Presidente de la Asamblea Nacional, en el mismo acto expuso sus consideraciones sobre “la solicitud de amparo en defensa del referéndum consultivo por la Guayana Esequiba,” y del “derecho que tiene Venezuela a elegir, el derecho que tiene cada venezolana, cada venezolano a responder las cinco preguntas sobre su territorio,” y sobre la “decisión de requerir al TSJ un amparo para defenderlo, *ante la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia* para pedir la suspensión del evento electoral venezolano.”²

II. EL “ANUNCIO” DE LA SENTENCIA NO. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL ACORDANDO EL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL ESTADO DE GUYANA

Pues bien, bastó un día para que la Sala Constitucional decidiera sobre lo que se le había solicitado, y así al día siguiente de la presentación de la acción de amparo ante el Tribunal Supremo, el 16 de noviembre de 2023 se publicó en la página web del Tribunal Supremo un “aviso” sobre la emisión de una sentencia No. 1470 de esa fecha (Expediente: 23-1150/), dictada precisamente en un procedimiento de “Acción de Amparo Constitucional” en el cual se identificó como “Partes” al “Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional.” No se indicó cual podría haber sido la “parte agravante” en el proceso de amparo.

A partir del día 16 de noviembre, lo único que se supo de la sentencia fue el “aviso” de la misma antes mencionado, y así ocurrió hasta el día 22 de noviembre de 2023 cuando fue publicado el texto de la sentencia en la página web del Tribunal Supremo.³

Durante esos días (entre el 16 y el 22 de noviembre), por tanto, lo único que se conoció era que el fallo, que no se había publicado, había decidido lo siguiente:

1. Que la Sala Constitucional se declaró “competente y admitió” la acción de amparo.

2. Que el asunto se declaró “de mero derecho.”

3. Que la demanda de amparo constitucional se declaró “procedente *in limine litis*” es decir, sin procedimiento y sin haber citado a los presuntos agraviantes, que por lo que se indica en la información dada por el Presidente de la Asamblea en su comparecencia ante la Sala al presentar su acción de amparo, contra “*la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia* para pedir la suspensión del evento electoral venezolano.”

No es la primera vez que la Sala Constitucional declara con lugar amparos constitucionales *in limine litis*, es decir, sin garantizarle a los supuestos agraviantes que han sido Estados y autoridades extranjeras, derecho alguno a la defensa, declarando que los mismos han violado o amenazado de violar derechos constitucionales de los agraviados declarados además en Convenciones Internacionales. Así ocurrió mediante sentencia No. 937 de 25 de julio de 2014 en protección de los derechos de Hugo Armando Carvajal Segovia que se declararon como violados por las autoridades de Aruba;⁴ y mediante sentencia No. 420 de 12 de mayo 2023 en protección de los derechos de Alex Nain Saab Morán que se declararon violados por las autoridades y tribunales de Cabo Verde y de los Estados Unidos.⁵

En el caso de la acción de amparo constitucional intentada el 15 de noviembre de 2023 (y hasta el 22 de noviembre), constaba de lo afirmado por el Presidente de la Asamblea Nacional, que la misma había sido interpuesta contra “*la acción de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para pedir la suspensión del evento electoral venezolano*,” los cuales, por tanto se identificaban como la “parte agravante” en el proceso de amparo iniciado; y en cuanto a los derechos que se denunciaron como violados, según también lo expresó el accionante, la acción de amparo constitucional se intentó “en defensa del referéndum consultivo por la Guayana Esequiba,” y del “derecho que tiene Venezuela a elegir, el derecho que tiene cada venezolana, cada venezolano a responder las cinco preguntas sobre su territorio.”

Sin embargo, en el “aviso” de la sentencia del 16 de noviembre de 2023, nada se dijo expresamente sobre cuáles habrían sido los “derechos y garantías” constitucionales supuestamente violados, ni los

² *Ídem*.

³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/330131-1470-161123-2023-23-1150.HTML>

⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/167284-937-25714-2014-14-0770>. HTML. Véanse los comentarios a esta sentencia en: Allan R. BREWER-CARÍAS, -Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los altos funcionarios públicos,- en *Revista de Derecho Público*, No 139 (Tercer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 162-173.

⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/325017-0420-12523-2023-23-0208>. HTML

titulares de dichos derechos, ni sobre la legitimación que podría haber tenido el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para intentar la acción de amparo constitucional declarada procedente, ni, con precisión, sobre los agraviantes, por lo que ello sólo se podía saber al conocerse el texto de la sentencia, lo que ocurrió a partir del 22 de noviembre de 2023, como se comenta más adelante.

Sin embargo, lo que sí se indicó con precisión en el “aviso” de la sentencia habían sido las consecuencias de haberse declarado la “procedencia” del amparo constitucional que fueron las siguientes:

Primero, que:

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas (nacionales o extranjeras), organismos internacionales o Estados nacionales, que desconozcan, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad *no tendrán ninguna validez ni eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público* territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.-El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental.”

Esta primera “consecuencia” permitía deducir, corroborando lo expuesto por el Presidente de la Asamblea Nacional cuando presentó el amparo ante la Sala, como antes se ha indicado, que la acción de amparo se habría intentado, por una parte, en protección de los “derechos” de la República “a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial” y de los derechos de los órganos del Estado a la “celebración de referendos consultivos” conforme a la Constitución; y por la otra, en protección “el derecho a la participación política” de los ciudadanos.

De la redacción de este dispositivo, parecía deducirse que los presuntos agraviantes serían “personas naturales o jurídicas (nacionales o extranjeras), organismos internacionales o Estados nacionales” que hubieran amenazado o intentado impedir que la República y los ciudadanos venezolanos pudieran ejercer los “derechos” protegidos, siendo deducible que se hubiera incluido en esa lista de presuntos agraviantes al “Estado nacional” de Guyana que solicitó a la Corte Internacional de Justicia que dictara medidas provisionales para impedir que el referendo consultivo se realizase en la forma cómo se concibió, y a la propia Corte Internacional de Justicia ante la amenaza de que pudiera dictar sentencia acordando medidas provisionales contra Venezuela.

En la lista de “personas naturales” presuntas agraviantes de los “derechos” mencionados de la República y de los ciudadanos venezolanos, quizás podrían haber estado los funcionarios y abogados que solicitaron ante la Corte Internacional de Justicia las referidas medidas provisionales, y quizás también los propios jueces de la Corte Internacional de Justicia.

De acuerdo con el “aviso,” el dispositivo de la sentencia agregaba que la protección constitucional decretada de los “derechos” mencionados también estaba dirigida (“así como”) contra las acciones u omisiones de “toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental;” normas que regulan los deberes de los venezolanos “de honrar y defender a la patria, sus símbolos y valores culturales; resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación” (art. 130), y de “toda persona” (venezolano o extranjero) “de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público”(art. 131).

Segundo, que:

“La República Bolivariana de Venezuela *no reconoce los laudos viciados de nulidad*, como es el caso del Laudo de París de 1899, conforme al artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En realidad, este dispositivo era una declaración general que precisa, respecto del Laudo arbitral de 1899, lo que indica el artículo 10 de la Constitución.

Tercero, que:

“*declara que la Ley aprobatoria del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966*, publicada en Gaceta Oficial N° 28.008 del 15 de abril de 1966, es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela.”

La declaración no era más que una reiteración de la validez del Acuerdo de Ginebra de 1966, en virtud de cuyo texto expuso el diferendo con Guyana por la reclamación del Esequibo está actualmente ante la Corte Internacional de Justicia, como el mecanismo de “arreglo judicial” enumerado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas al cual remitió el artículo IV.2 del Acuerdo.

Cuarto, que:

“Se *ordena* al ciudadano Presidente de la República en ejercicio de sus competencias (artículo 236.4 de la Constitución) continuar con la protección de los derechos e intereses de la República en torno a esta causa histórica nacional en la defensa de su derecho soberano sobre la Guayana Esequiba, conforme al artículo 152 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece expresamente que 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, en tanto ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, así como la solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad.

Esta orden parecía impertinente pues las funciones del Presidente de la República están en la Constitución, de la cual deriva su deber de actuar en la conducción de las relaciones internacionales, de manera que su inclusión en la sentencia (según el “aviso” de la misma) lo que podría era llevar a pensar que la “acción de amparo” también habría sido “intentada” contra el Presidente por supuestamente no cumplir sus deberes constitucionales, que sería lo único que podría justificar una “orden” de esta naturaleza dirigida por la Sala Constitucional exclusivamente al Presidente de la República. Luego que circuló el texto de la sentencia se constató que no fue así.

Quinto, que:

“Se *ordena* al Consejo Nacional Electoral, continuar en el marco de sus competencias, con los trámites necesarios para garantizar el derecho a la participación política de los ciudadanos venezolanos, a los fines de realizar el Referendo Consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023.”

En este caso también, esta orden parecía impertinente pues sin perjuicio de la opinión que se pueda tener sobre el referendo consultivo, las funciones del Consejo Nacional Electoral están en la Constitución, de la cual deriva su deber de actuar en la realización del referendo consultivo para garantizarle a los ciudadanos su participación política, de manera que su inclusión en la sentencia (según el “aviso” de la misma) lo que también podía era llevar a pensar que la “acción de amparo” habría sido “intentada” contra el Consejo Nacional Electoral por no cumplir sus deberes constitucionales, que sería lo único que podría justificar una “orden” de esta naturaleza dirigida por la Sala Constitucional exclusivamente al Consejo nacional Electoral. Luego que circuló el texto de la sentencia se constató que no fue así.

Sexto, que:

“Se *ordena* la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial de este Tribunal Supremo de Justicia, con la siguiente mención en su sumario: *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que ordena al Consejo Nacional Electoral continuar, en el marco de sus competencias, con los trámites necesarios para garantizar el derecho a la participación política de los ciudadanos venezolanos, a los fines de realizar el referendo consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023*”.

Sin perjuicio del análisis del texto completo de la sentencia que se hace más adelante para entender y desentrañar en qué consistió la acción de amparo intentada, así como determinar la parte agravante y agravada, y los agravios o amenazas de violación de derechos constitucionales que la motivaron, partiendo del “aviso” de la sentencia, de la primera de las decisiones adoptadas que se copiaron en el mismo, como antes se dijo, parecía estar claro que los derechos denunciados como violados o amenazados de violación habían sido, por una parte, los “derechos” de la República y de sus órganos a “ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial,” conforme a la Constitución, y a la “celebración de referendos consultivos;” y por la otra, “el derecho a la participación política” de los ciudadanos.

En el primer caso se trataría de la protección de “derechos” de una de las personas territoriales del Estado (la República); y en el segundo caso, se trataría de la protección de un derecho político colectivo o difuso como es el de la participación política.

En ninguno de esos casos, como se argumenta más adelante al analizar el texto de la sentencia, conforme lo tiene establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, funcionarios públicos, como el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, tendrían legitimación activa alguna para intentar

una acción de amparo constitucional sea en protección de “derechos” de la República, o en protección de derechos colectivos o difusos de los ciudadanos, razón por la cual, conforme a la jurisprudencia de la Sala, la “acción de amparo” que habría sido intentada debió haber sido declarada inadmisible.

III. LA SENTENCIA No. 1470 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DECRETANDO UN “AMPARO CONSTITUCIONAL” CONTRA LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA REPÚBLICA COOPERATIVA DE GUYANA POR LA AMENAZA INMINENTE DE QUE PODÍAN IMPEDIR U OBSTACULIZAR EL REFERENDO CONSULTIVO CONVOCADO PARA EL 3 DE DICIEMBRE DE 2023 SOBRE LA CUESTIÓN DEL TERRITORIO ESEQUIBO

Todo lo anterior era lo que en nuestro criterio se podía deducir del “aviso” de la sentencia No. 1470 del 16 de noviembre de 2023, cuyo texto solo se conoció el 22 de noviembre de 2023,⁶ cuando se incluyó y publicó en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

Con el texto publicado, por tanto, fue sólo a partir del 22 de noviembre cuando se conoció con precisión cuál fue con precisión la petición formulada por el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional (amparo constitucional en protección de derechos e intereses difusos y colectivos); cuáles fueron los derechos que se buscó proteger (derechos de soberanía en integridad de la república y de participación política de los venezolanos); contra quién se intentó el amparo constitucional como parte agravante (Corte Internacional de Justicia y Estado de Guyana); cuales fueron los hechos lesivos (la amenaza de lesión de los derechos denunciados como violados por la petición formulada por Guyana ante la Corte Internacional de Justicia contra el referendo consultivo); y cuál fue la motivación de la sentencia para adoptar las decisiones mediante las cuales se declaró que

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, organismos internacionales o Estados nacionales que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.- El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; *no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica*, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público, así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental.”

1. La acción de amparo constitucional intentada

De acuerdo con lo que se explica en el texto de la sentencia, lo que el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional intentaron el 15 de noviembre de 2023, fue una “acción de amparo constitucional en protección de los derechos colectivos y los intereses difusos de todos los venezolanos y venezolanas a participar en el referendo consultivo del 3 de diciembre de 2023,”

“(…) *dada la solicitud de medidas provisionales solicitadas por la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia, para que dicho órgano suspenda la celebración del Referendo Consultivo convocado para que el pueblo venezolano de manera democrática y soberana se pronuncie respecto a la defensa del territorio del Esequibo, despojado de forma fraudulenta en 1899 a la República Bolivariana de Venezuela por parte del imperialismo inglés y ahora con la pretensión del Gobierno de Guyana, respaldado por la Exxon Mobil y el Comando Sur del Gobierno de Estados Unidos de América, en desconocimiento de los artículos 1, 5, 10, 13, 27, 62, 70 y 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).*”

En particular, sobre la solicitud formulada por Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que ésta dictase “medidas provisionales para que no proceda el referendo consultivo previsto en Venezuela en su forma actual, específicamente de las preguntas 1, 2 y 5”, los accionantes en amparo consideraron que, con dicha solicitud, Guyana:

“*agrede los derechos irrenunciables de Venezuela sobre su soberanía y el derecho a la autodeterminación de la Nación;*” [...] “*está en contra de los derechos e intereses del pueblo y lesiona la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, al desconocer abiertamente el ordenamiento jurídico venezolano y, por ende, la soberanía e independencia de nuestro país.*”

Los accionantes en amparo constitucional formularon, entre otros, los siguientes argumentos para fundamentar su acción, que:

6. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/330131-1470-161123-2023-23-1150.HTML>

“resulta inadmisible e inaceptable de ninguna manera una hipotética sentencia de la Corte Internacional de Justicia, que ordene la suspensión y no realización del Referendo Consultivo convocado para el 3 de diciembre del presente año, para que la población venezolana opine sobre el territorio Esequibo. Aceptar que desde instancias internacionales se dicten pautas y directrices de carácter obligatorio para la República Bolivariana de Venezuela, implicaría ceder la soberanía venezolana, desconocer el ordenamiento jurídico venezolano y permitir que los mecanismos de solución de disputas internacionales intervengan en nuestros asuntos internos;”

[que]

“el Tribunal Supremo de Justicia en fecha 31 de octubre de 2023, mediante sentencia Nro. 1469 declaró la constitucionalidad de las cinco preguntas del referendo consultivo que se celebrará el próximo 3 de diciembre de 2023, corroborando que las mismas se encuentran ajustadas a derecho;”

[que]

“conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano que podría suspender una consulta popular a la población venezolana mediante un referendo consultivo es el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, por ser competencia exclusiva y excluyente del Máximo Tribunal de la República”.

[y que]

“nos encontramos ante una evidente y flagrante violación de derechos irrenunciables consagrados en nuestra Constitución y demás leyes como la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial, el derecho a la autodeterminación nacional, así como el ejercicio democrático de expresión popular. Por lo tanto, la presente solicitud tiene como objeto ejercer un amparo constitucional que proteja los derechos de la República Bolivariana de Venezuela y de su pueblo y un control innominado de constitucionalidad, por existir una antinomia entre la Constitución y las atribuciones que pretende arrogarse ese organismo internacional en desconocimiento de la soberanía venezolana, lo que amerita que la Sala Constitucional, en ejercicio de su condición de último intérprete de la Constitución, realice el debido control de esas normas de rango constitucional y pondere si con una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en donde ordene a Venezuela suspender un referendo consultivo a la población, con fundamento en las normas constitucionales citadas ut supra, se verifica tal confrontación con el ordenamiento jurídico venezolano, fundamentada dicha atribución del Máximo Tribunal de la República en el artículo 335 de la Constitución”.

Concluyeron los accionantes, entre otras peticiones, además de que se declarase con lugar “la presente acción de amparo constitucional, respecto al resguardo de los derechos de la República Bolivariana de Venezuela consagrados en la Constitución y los tratados integrantes del sistema constitucional venezolano y los compromisos adquiridos internacionalmente de forma legítima,” que la Sala Constitucional:

“4. Contradiga categóricamente las groseras e irrespetuosas pretensiones de las autoridades de la República Cooperativa de Guyana de derogar el legítimo Referendo Consultivo para la Defensa de la Guayana Esequiba, a través de solicitudes expresas ante la Corte Internacional de Justicia.

5. Reitere que la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966, publicada en Gaceta Oficial No. 28.008 del 15 de abril de 1966, es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela, invalidando el nulo e irritó Laudo Arbitral de París de 1899 y cualquier otra pretensión fraudulenta que intente arrebatar el territorio de la Guayana Esequiba que es históricamente legítimo e irrenunciable de la República Bolivariana de Venezuela.

6. Ordene al Consejo Nacional Electoral, que continúe con la organización del Referendo Consultivo, pautado para el 3 de diciembre de 2023, que ha sido convocado por la Asamblea Nacional de acuerdo a lo consagrado en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”

La Sala Constitucional, en su sentencia No. 1470 del 16 de noviembre de 2023, consideró en definitiva que

“la parte actora ejerció pretensión de amparo constitucional contra la amenaza cierta e inminente de violación a los principios de independencia, libertad, soberanía, integridad territorial y autodeterminación nacional, así como al derecho de participación política de los venezolanos y las venezolanas que representa la petición de medidas provisionales solicitadas por el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que se suspenda la celebración del referendo consultivo previsto para el 3 de diciembre de 2023.”

2. Competencia y admisión de la acción de amparo

La Sala declaró su competencia para conocer de la acción de amparo intentada con base en lo previsto en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que le atribuye competencia para:

“Conocer las demandas y las pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral (...).”

Como consecuencia, procedió a admitir la acción de “amparo constitucional para la protección de los derechos colectivos e intereses difusos de los venezolanos y las venezolanas incoada,” cuando lo que debió haber hecho la Sala debió haber sido declarar inadmisibile la acción intentada conforme lo tiene establecido en su reiterada jurisprudencia.

En efecto, la Sala ha decidido que los funcionarios públicos, como son el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional -, con la excepción del Defensor del Pueblo, no tienen legitimación activa alguna para poder intentar una acción de amparo constitucional en protección de “derechos” de la República, o en protección de derechos colectivos o difusos de los ciudadanos, razón por la cual, la acción de amparo constitucional intentada en este caso debió haber sido declarada inadmisibile.

En efecto, en cuanto a las acciones de amparo para la protección de los derechos y garantías constitucionales de las personas de derecho público territoriales, la Sala Constitucional se ha pronunciado excluyendo de protección mediante amparo constitucional dichas “garantías institucionales” de la autonomía de los entes político-territoriales establecidas en la Constitución. Así lo decidió Sala Constitucional mediante No 1655 de 5 de diciembre de 2012 rechazando lo que denominó como el “amparo organizacional,” como una pretendida figura destinada a tutelar potestades públicas o garantías institucionales.⁷ En otros casos también relativos a derechos y garantías constitucionales de personas de derecho público territoriales (Estados o Municipios), la Sala ha considerado, por ejemplo, en sentencia No 1395 de 21 de noviembre de 2000, que los entes públicos territoriales solo podían acudir a la acción de amparo constitucional para defender los derechos constitucionales de los que podrían ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley; considerando en cambio, que no pueden accionar en amparo constitucional para tutelar la garantía de la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquélla comporta.⁸

Por otro lado, en cuanto a las acciones de amparo intentadas para la protección del derecho colectivo y difuso a la participación política de los ciudadanos, la Sala Constitucional ha elaborado una tradicional jurisprudencia estableciendo cuál es la legitimación activa que es admisible en este tipo de acciones, habiendo excluido a todos los funcionarios públicos de la legitimación para intentarlas, *con la única excepción del Defensor del Pueblo*. Ello, en virtud de la creación de este órgano en la Constitución de 1999 como parte del Poder Ciudadano, al cual se le asignó entre sus funciones constitucionales la de poder intentar “acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones” de protección de los derechos constitucionales (art. 281), en particular, de los de carácter difuso y colectivo, como es precisamente el derecho a la participación política de los ciudadanos en general.

Sobre ello, la Sala Constitucional ha sido enfática en indicar que la Defensoría del Pueblo, conforme a sus atribuciones constitucionales

“de pleno derecho [está] legitimada para interponer acciones cuyo objeto es hacer valer los derechos o intereses difusos y colectivos, sin que pueda plantearse cuestión alguna sobre si para accionar se requiere de la aquiescencia de la sociedad que representa para que ejerza la acción. Por mandato del Derecho

⁷ Véase sentencia N° 1655 de 5 de diciembre de 2012, en *Revista de Derecho Público*, N° 132, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 184-185.

⁸ Véase entre otras, la sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (Caso: *Gobernación del Estado Mérida y otras vs. Ministerio de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 315 ss. Véase también la sentencia de 2 de octubre de 1997 de la antigua Corte Suprema de Justicia, argumentando que las entidades político territoriales, como personas morales, no pueden intentar acciones de amparo sino sólo para la protección de derechos constitucionales en estricto sentido excluyendo de la protección las garantías constitucionales como la de la autonomía territorial. Citada por Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 122-123.

Objetivo, la Defensoría del Pueblo, adquiere - además - interés legítimo para obrar procesalmente en defensa de un derecho que le asigna la propia Constitución, y que consiste en proteger a la sociedad o a grupos dentro de ella, en los supuestos del artículo 281 *eiusdem*.⁹

Entre esos derechos está el derecho a la participación política al cual se refirió precisamente la sentencia citada, siendo la principal consecuencia de la creación de la figura del Defensor del Pueblo con competencia para intentar estas acciones, que los otros funcionarios del Estado carecen de dicha legitimación.¹⁰

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha rechazado un recurso de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos intentado por un Gobernador de Estado, resolviendo que los Estados y Municipios no pueden interponer acciones de protección de derechos e intereses difusos y colectivos, salvo que una ley los autorice expresamente.¹¹

Por todo ello, en la mencionada sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000, la Sala Constitucional sentó el criterio de que:

“Dentro de la estructura del Estado, *sólo la Defensoría del Pueblo* (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estatal, municipal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos Municipales, a menos que la ley se las otorgue.¹²

En la misma sentencia la Sala Constitucional decidió que:

“las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia. El Estado venezolano, como tal, carece de ella, ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa, pero la población en general está legitimada para incoarlas, en la forma que explica este fallo, y ellas pueden ser interpuestas por la Defensora del Pueblo, ya que según el artículo 280 de la Carta Fundamental, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos.

A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción.”¹³

En consecuencia, ningún funcionario público incluidos el Presidente y la Junta Directiva de la Asamblea Nacional - excepto el Defensor del Pueblo -, puede intentar acciones de amparo en protección de derechos o intereses colectivos o difusos de los ciudadanos, como el derecho a la participación política en general, y en particular mediante referendos. Esa es la doctrina de la Sala Constitucional y, conforme a ella, la misma debió haber declarado inadmisibles la acción de amparo constitucional intentada por el Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

Pero la Sala, haciendo caso omiso de su propia jurisprudencia, admitió la acción declarando el proceso como de “mero derecho,” que “no requiere la promoción y evacuación de medio probatorio alguno y que debe ser decidido por su trascendencia, urgencia e inmediatez sin la celebración de la audiencia oral, razón por la cual, la Sala procederá directamente a decidir en esta oportunidad el fondo del asunto controvertido.”

3. Consideraciones sobre la soberanía, la integridad territorial y la participación

Declarado lo anterior, la Sala pasó a decidir formulando “un conjunto de consideraciones, en torno a la soberanía e integridad territorial, así como a la participación política.”

⁹ Véase la sentencia de la sala Constitucional No. 656 de 30 de junio de 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/656-300600-00-1728%20.HTM>

¹⁰ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. The Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 203.

¹¹ Véase la sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (Caso: *Gobernación del Estado Mérida y otras vs. Ministerio de Finanzas*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 315 ss. Véase los comentarios a la misma en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 115.

¹² Véase la sentencia de la Sala Constitucional No. 656 de 30 de junio de 2000, caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/656-300600-00-1728%20.HTM>

¹³ *Idem*.

En cuanto a la soberanía e integridad territorial, la Sala hizo referencia a conceptos fundamentales del constitucionalismo reiterados en múltiples sentencias, como son la supremacía constitucional, la labor jurisdiccional en la interpretación de la Constitución, la labor del Tribunal Supremo de Justicia para lograr la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios contenidos en la misma. La Sala también enfatizó sobre “la soberanía y la integridad territorial de la República” como “*derechos irrenunciables de la Nación*” (artículo 1 de la Constitución), porque sin ellos no es posible la independencia y autodeterminación nacional,” considerando que a la soberanía “como manifestación de la unidad nacional y no a parcialidades sociales o político-territoriales.”

Siguió la Sala Constitucional, transcribiendo consideraciones formuladas de su anterior sentencia No. 1469 del 31 de octubre de 2023, sobre la firma del Acuerdo de Ginebra de 1966, sobre que “*el territorio correspondiente a la Guayana Esequiba que poseía la Capitanía General de Venezuela antes del proceso político que se inició el 19 de abril de 1810, le pertenece a la República Bolivariana de Venezuela por aplicación del principio uti possidetis iuris,*” y sobre el principio declarado en todas las Constituciones a partir de 1830, que en la Constitución de 1999 se formula indicando que “*el 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;*” concluyendo con la apreciación de que “*toda la sociedad tiene la obligación de defender la integridad territorial y la soberanía.*”

En cuanto a la *participación política y soberanía*, la Sala formuló consideraciones generales sobre la supremacía de la Constitución, y sobre la vinculación de la Constitución con la idea de soberanía, haciendo referencia a sentencias anteriores, indicando que, en relación con los Estados nacionales, implica, desde el punto de vista externo, “su independencia, integridad territorial y la autodeterminación nacional respecto de otros estados, entes - vgr. Corporaciones transnacionales -, instituciones - vgr. Órganos judiciales internacionales -”; y desde el punto de vista interno “materializado en la unidad del pueblo, integridad de su territorio y la autodeterminación nacional -,” advirtiendo en relación con este último concepto que “no hay derecho a la autodeterminación de las minorías sino del pueblo de la República Bolivariana de Venezuela en su conjunto como único soberano.”

Posteriormente, al referirse en particular a la jurisprudencia reiterada de la misma Sala “respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al principio de participación,” destacando que “*el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación,*” y que el *alcance del principio de participación debe materializarse, entre otros, “en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control.*”

Todo lo anterior, a juicio de la Sala, reiterando anterior jurisprudencia, le impone al Juez Constitucional, por una parte, “la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a la participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación;” considerando que el principio de participación, se verifica “en todas aquellas normas en las cuales se ha establecido la consulta o participación popular directa, para la asunción de las decisiones del Estado” como es el caso de los referendos consultivos citando de nuevo la sentencia anterior No. 1469 de 31 de octubre de 2023, en la cual declaró “constitucional” las preguntas “*Referendo Consultivo en defensa de la Guayana Esequiba, que se realizará el 3 de diciembre de 2023.*”

De todo lo anterior, la Sala consideró que:

“la celebración del referendo consultivo constituye el ejercicio de un derecho fundamental, en el marco del ordenamiento constitucional vigente, y que, por lo tanto, no corresponde a ningún organismo internacional o Estado Nacional, formular pronunciamiento alguno en torno a su conformidad a derecho, todo ello bajo el principio de autodeterminación y no intervención -injerencia- (Preámbulo y artículo 1 de la Constitución). Sería un despropósito y la negación de la existencia misma de la República, aceptar o permitir que agentes foráneos puedan anular o socavar uno de los elementos característicos de la institucionalidad del país, como lo es el carácter participativo de la democracia en la República Bolivariana de Venezuela (artículos 2 y 62 Constitucionales).”

La Sala, luego de hacer referencia al artículo 2.7, de la Carta de las Naciones Unidas según el cual “*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...*” concluyó afirmando que:

“De ello resulta pues, que ningún organismo internacional ni Estado, está legitimado para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, como la que aquí se pretende acometer contra la República Bolivariana de Venezuela al cuestionar u obstaculizar el ejercicio de un derecho como lo es el de participación política, lo cual constituye una actuación contraria a derecho, y por lo tanto, carente de validez y eficacia en el orden jurídico nacional e internacional.”

4. *El amparo intentado “por amenaza de violaciones constitucionales” por parte de la Corte Internacional de Justicia y del Estado de Guyana*

Luego de las consideraciones generales antes mencionadas, la Sala Constitucional en la sentencia No. 1470 del 16 de diciembre de 2023 (conocido el 22 de noviembre de 2023), constató que la acción de amparo intentada por el Presidente y miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, fue *contra la amenaza “inmediata, posible y realizable por parte de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana,”* por los *“actos que pretendan impedir u obstaculizar el referendo consultivo soberano y legítimamente convocado en la República Bolivariana de Venezuela por iniciativa de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Fundamental.”*

En efecto, la Sala estimó que los accionantes habían denunciado que:

“(…) el 31 de octubre de 2023, las autoridades de la República Cooperativa de Guyana solicitaron ante la Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales con la pretensión de que no se celebre el Referendo Consultivo, pautado para el 3 de diciembre de 2023, significando este hecho una violación flagrante a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al legítimo derecho a la autodeterminación del Pueblo venezolano y el pleno ejercicio de su soberanía nacional”.

Reafirmando sobre lo anterior, la Sala consideró que constituía:

“un hecho notorio comunicacional que “Guyana solicitó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) suspender un referendo consultivo impulsado por Venezuela sobre el territorio Esequibo que ambos países se disputan desde hace más de un siglo, según un comunicado del máximo tribunal de la ONU difundido este martes (31.10.2023)” (cfr. Página web consultada el 15 de noviembre de 2023, en: <https://www.dw.com/es/guyana-pide-a-cij-frenar-referendo-en-venezuela-sobre-zona-en-disputa/a-67272070>), así como que “Venezuela dijo el miércoles ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el máximo tribunal de la ONU, que nada podrá impedirle celebrar un referendo sobre una disputada región rica en petróleo administrada por Guyana y reiteró que no reconoce la jurisdicción de este tribunal en esta cuestión” (cfr. Página web consultada el 15 de noviembre de 2023, en: “<https://www.telesurtv.net/news/venezuela-argumentos-defensa-referendo-corte-la-haya-20231115-0005.html> y <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20231115-venezuela-se-mantiene-firme-ante-la-cij-y-dice-que-celebrar%C3%A1-un-referendo-sobre-la-zona-disputada-con-guyana>).

Con base en lo anterior, la Sala Constitucional estimó que se había verificado “conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la existencia de una amenaza y que tal amenaza es inminente,” “por parte de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana.”

La Sala, teniendo en cuenta que “la consagración de la soberanía plena en la Guayana Esequiba trasciende la dimensión jurídica y constituye un verdadero símbolo en sentido estricto, consideró que:

“cualquier amenaza por parte de personas, organizaciones, organismos o Estados, a los derechos de soberanía e integridad territorial, debe ser objeto de tutela y debido resguardo por todos los órganos que ejercen el Poder Público, en el marco de sus competencias y en particular por esta Sala, en tanto se debe reiterar que desde sus inicios ha sido una jurisprudencia pacífica, la posición del Poder Judicial en relación a las pretensiones de agentes foráneos de desconocer el contenido y alcance de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Igualmente consideró que:

“no puede pretender ningún organismo internacional desconocer la democracia como forma de Estado y de Gobierno en la República Bolivariana de Venezuela y, por lo tanto, negar la libertad política, en la medida que ésta es un reflejo del principio de autodeterminación y del autogobierno del pueblo y los individuos.”

5. *Decisión acordando el amparo constitucional solicitado por la amenaza de violación de los derechos de la República a su soberanía e integridad territorial y de los ciudadanos a la participación política mediante referendo*

La acción de amparo intentada por el Presidente y miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional en este caso, fue clara y específicamente contra la amenaza de violación de los derechos de la República a su soberanía e integridad territorial y de los derechos de los ciudadanos venezolanos a la participación política mediante el referido referendo consultivo, siendo bien sabido que en estos casos de amparos contra amenazas de violación de derechos, la decisión que se busca del juez constitucional no es de carácter restablecedora, es decir, no busca el restablecimiento de algún derecho constitucionales lesionados, sino que es de carácter preventivo en el sentido de que busca tutelar dichos derechos contra de las amenazas de su violación, evitando que el daño se produzca. El amparo contra amenazas de violación, en este sentido, tiene similitud con los procedimientos de *injunctions* preventivas de los derechos civiles en el derecho angloamericano que procuran “prohibir la ocurrencia de algún acto, o serie de ellos, en el futuro,”¹⁴ y que están diseñadas “para evitar un futuro daño a una persona a través de la prohibición u orden de cumplir una determinada conducta por parte de otra persona.”¹⁵

Es evidente que sería absurdo que, frente a amenazas de violación inminente de derechos constitucionales, la persona afectada, teniendo pleno conocimiento de la ocurrencia próxima de un daño, tuviese que esperar pacientemente a que el acto dañino se produjese, con todas sus consecuencias, para intentar la acción de amparo. Por el contrario, la persona tiene derecho a accionar en procura de una orden judicial que prohíba el acto a cumplirse, evitando así la ocurrencia del daño.

Por ello, la principal condición para esta posibilidad de intentar acciones de amparo contra amenazas a derechos constitucionales es que ellas deben ser reales, ciertas, inmediatas, inminentes, posibles y factibles o realizables, lo que engloba la ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales al precisar que la amenaza debe ser “inmediata, posible y realizable” por el agravante (art. 6.2),¹⁶ de manera que la acción de amparo es improcedente cuando la amenaza o violación de un derecho constitucional ha cesado o terminado (art. 23.1).

Por ello, la Sala Constitucional en la sentencia No 1470 de 16 de noviembre de 2023, para declarar con lugar la acción de amparo en este caso, consideró que: existe:

“la amenaza inminente de la Corte Internacional de Justicia y de la República Cooperativa de Guyana, en impedir u obstaculizar, el referendo consultivo soberanamente convocado en la República para el 3 de diciembre de 2023,” [...] “que supone la petición de medidas provisionales solicitadas por el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia para que se suspenda la celebración del referendo consultivo previsto para el 3 de diciembre de 2023.”

Con base en ello, la Sala Constitucional declaró “procedente *in limine litis* la acción de amparo interpuesta” contra la Corte Internacional de Justicia y el Estado de Guyana, señaladas como partes agraviantes en el proceso, por las amenazas de violación de los derechos denunciados por los accionantes, sin haber citado ni oído a dichos agraviantes, en violación del principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de los organismos internacionales, y de los más elementales principios del debido proceso.

En efecto, al dictar su sentencia, la sala Constitucional olvidó la existencia del principio universal de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, conforme al cual un Estado no puede ser juzgado por los tribunales de otro Estado, salvo en los casos en los cuales dicho Estado haya aceptado y consentido someterse a la jurisdicción de dichos tribunales de otro Estado Ello está regulado en el artículo 5 de la *Convención*

¹⁴ Véase OWEN M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978, p. 7.

¹⁵ Véase William M. TABB and Elaine W. SHOBEN, *Remedies*, Thompson West, 2005, p. 22.

¹⁶ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 9-6-1988 en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 114 y de 14-8-1992 en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 158-159; y la sentencia de la antigua Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 30-6-1988, en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 115. Estas condiciones generales se han considerado como concurrentes cuando se refieren a la tutela constitucional ante daños que alguien pronto infligirá en los derechos de otra persona. Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 24-6-1993 en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 289; y de 22-3-1995, caso *La Reintegradora*, en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas 2001, p. 239.

de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,¹⁷ al precisar que “todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención,”¹⁸ salvo cuando haya consentimiento expreso del Estado.¹⁹ Esta inmunidad jurisdiccional, por supuesto, también la tienen los organismos internacionales como la Corte Internacional de Justicia, conforme a la *Convención de las Naciones Unidas sobre Privilegios e inmunidades de los Organismos Especializados*, en vigor desde 1949.

Como lo recordó Héctor Faúndez hace unos años ante una sentencia similar de la Sala Constitucional,²⁰ el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados implica que el Tribunal Supremo de Venezuela “solo tiene competencias dentro del territorio nacional” y no puede “emitir un amparo contra una decisión adoptada por autoridades extranjeras en el extranjero.” En el mismo sentido, Carlos Ayala Corao expresó que:

“Los tribunales venezolanos tienen facultad para conocer de abusos contra venezolanos cometidos en el territorio, pero no pueden ejercer jurisdicción sobre otro Estado, porque no son tribunales internacionales ni ejercen jurisdicción universal porque Venezuela no la ha reconocido.”²¹

Por otra parte, como se dijo el mandamiento de amparo fue emitidos por la Sala Constitucional *in limine litis*, es decir, sin proceso alguno, en violación flagrante violación al derecho al debido proceso y a la defensa garantizados en la Constitución de 1999 (art. 49) y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 8.b), al haberse emitido, como lo dijo la Sala en los tres casos, *in limine litis*, es decir, de entrada, al iniciarse el procedimiento luego de formuladas las solicitudes de amparo, sin citar ni oír a las partes contra quien se dirigían las acciones, específicamente, el Estado de Guyana y la Corte Internacional de Justicia, las cuales resultaron condenadas por un tribunal venezolano sin siquiera haber sido citados ni oídos.

El derecho al debido proceso, al decir de la propia Sala Constitucional, es una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho,”²² que implica que todo proceso debe reunir “las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva,”²³ entre las cuales están: “el 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,

¹⁷ Véase sobre esto, MARIANO T. se Alba URIBE, -Hugo Carvajal y el derecho internacional: Explicación sencilla- en *Juris Novus, Análisis del Acontecer Mundial*, Julio, 24, 2014, en <http://jurisnovus.blogspot.com/2014/07/hugo-carvajal-y-el-derecho.html>

¹⁸ El artículo 6 de la Convención dispone entre los modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado, los siguientes -1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo. 2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: a) es mencionado como parte en el proceso; o b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.-

¹⁹ El artículo 7 de la Convención sobre el tema del -consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción- establece que: -1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.-

²⁰ Véase la sentencia No. 973 del 25 de julio de 2014 (Caso: *Hugo Carvajal*) disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/167284-937-25714-2014-14-0770.HTML>. Véanse los comentarios a esta sentencia en Allan R. BREWER-CARÍAS, -Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los altos funcionarios públicos,- en *Revista de Derecho Público*, No 139 (Tercer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 162-173.

²¹ Véase en el reportaje -Juristas: TSJ no tiene facultad para juzgar actos de otros países. Faúndez y Ayala afirman que la Sala Constitucional erró en el caso Carvajal,- de Juan Francisco Alonso, *El Universal*, 27 de julio de 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140727/juristas-tsj-no-tiene-facultad-para-juzgar-actos-de-otros-paises>

²² Véase sentencia N° 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.

²³ Véase sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 148.

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.”²⁴

Pero en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa (art. 49.1, Constitución), la misma Sala Constitucional lo ha considerado como un derecho constitucional “absoluto,” e “inviolable” en todo estado y grado de la causa, “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.”²⁵ Por ello, la Sala de Casación Civil, lo ha calificado como “el sagrado derecho a la defensa” y como “principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa.”²⁶ Por todo lo anterior, también, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reafirmado 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.*²⁷

En el caso, la acción de amparo se intentó contra la amenaza de Guyana y de la Corte Internacional de Justicia de violación de derechos de la república a su soberanía y a su integridad territorial, y de los ciudadanos venezolanos a la participación política, y la acción fue declarada procedente, es decir, con lugar, en contra de Guyana y de la Corte Internacional.

Sin embargo, debe indicarse que la Sala, en el texto de la sentencia, no dictó orden judicial expresa alguna de carácter preventivo - como corresponde en los casos de acciones de amparo contra amenazas de violación de derechos - contra dichos presuntos agraviantes para que se abstuviesen de realizar las acciones que podrían causar los daños inminentes a los derechos cuya protección se buscó, es decir, *no ordenó* a la Corte Internacional de Justicia que se abstuviese de decidir en la solicitud que le formuló Guyana sobre medidas preliminares contra el referendo consultivo.

La Sala se limitó a declarar en general hacia el futuro que:

“Cualquier decisión o actos materiales de personas naturales o jurídicas nacionales o *extranjeras, organismos internacionales o Estados nacionales* que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar: i.- El derecho de la República Bolivariana de Venezuela a ejercer la soberanía, independencia e integridad territorial, conforme a los artículos 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15 de la Constitución y ii.- El derecho a la participación política y la celebración del referendo consultivo a celebrarse el 3 de diciembre de 2023; no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público, así como por toda persona natural o jurídica en los precisos términos de los artículos 130 y 131 del Texto Fundamental. Así se decide.”

Es decir, la decisión de la Sala Constitucional no fue realmente una orden judicial de protección de derechos frente a amenazas inminentes de violación por parte de la Corte Internacional de Justicia y de Guyana, de derechos de la República (a la soberanía e integridad territorial) y de los ciudadanos venezolanos (a la participación política) cuya protección se buscó con la acción interpuesta, sino solo una declaración general dirigida en especial a la Corte Internacional de Justicia (identificada entre los “organismos internacionales”) y a Guyana (identificada entre los “Estados nacionales,”) de que las decisiones o actos materiales que dicten y que desconozcan, atenten, impidan o pretendan obstaculizar dichos derechos de la

²⁴ Véase 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*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-86/87-88 (Enero-Diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 90.

²⁵ Así lo estableció la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*), en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72 (Julio-Diciembre) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, p. 158.

²⁶ Véase sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995 (Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*), en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12

²⁷ Véase en sentencia No. 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*), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, EJV, Caracas, 2000.

república y de los venezolanos” no tendrán ninguna validez y eficacia jurídica, por lo que las mismas deben ser desconocidas por todos los órganos que ejercen el Poder Público.”

Esta declaración de la sentencia, por otra parte, se convierte en una “orden” o “mandato” de amparo constitucional dirigido a todos los venezolanos y también a todos los habitantes del país, en el sentido de que conforme a los artículos 130 y 131 de la Constitución, los venezolanos tienen el deber de defender a la patria y de resguardar su soberanía, su integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación; y toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución y los actos que dicten los órganos del Estado, entre ellos las sentencias de la Sala Constitucional.

Es decir, de una acción de amparo intentada por las autoridades de la Asamblea Nacional contra la Corte Internacional de Justicia y el Estado de Guyana por las amenazas inminentes de violación de derechos de la República y de todos los ciudadanos con ocasión de la solicitud de medidas preliminares formuladas por Guyana ante dicha Corte contra el referendo consultivo, además de haber sido declarado “procedente,” resultó un “mandato” u “orden” de amparo constitucional formulado contra todos los venezolanos y habitantes del país de que deben desconocer (como lo decidió la Sala) lo que pueda decidir la Corte Internacional de Justicia y Guyana en relación con el referendo consultivo, debiendo además considerar que dichas acciones que adopten ese “organismo internacional” y ese “Estado Nacional,” no tienen validez ni eficacia jurídica alguna.

La sentencia, además, “ordena” al Presidente de la República que continúe ejerciendo sus competencias constitucionales “para la protección de los derechos e intereses de la República en torno a esta causa histórica nacional en la defensa de su derecho soberano sobre la Guayana Esequiba,” y al Consejo Nacional Electoral para que igualmente continúe ejerciendo sus competencias para garantizar la participación de los venezolanos en el Referendo Consultivo pautado para el 3 de diciembre de 2023. Ni el Presidente de la República ni el Consejo Nacional Electoral fueron denunciados por el Presidente y Junta Directiva en el amparo intentado como presuntos agraviantes en las amenazas denunciadas de violación de derechos de la República y de los venezolanos, por lo que respecto de estas ‘ordenes’ de la sentencia, lo que se puede decir es que parecen impertinentes.

Aparte de ello, la Sala Constitucional en su sentencia, advirtió, conforme a lo que se solicitó por el Presidente y Junta Directiva de la Asamblea Nacional, que el Acuerdo de Ginebra de 1966 “es el único instrumento válido del derecho internacional para alcanzar la resolución pacífica de esta disputa territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela: “ y que Venezuela “no reconoce los laudos viciados de nulidad, como es el caso del Laudo de París de 1899.”

En estas declaraciones, por supuesto, no hay nada de novedoso. Es precisamente por lo primero, por disposición del artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra, por lo que la cuestión del Esequibo está bajo el conocimiento de la Corte Internacional de Justicia desde 2018; y lo segundo es lo que se deduce de lo dicho en el artículo 10 de la Constitución, siguiendo una tradición constitucional que se remonta a 1930.

2024

100. EL BIZARRO “PROCESO CONTENCIOSO ELECTORAL DE PERITAJE” INVENTADO POR LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA PARA AVALAR, MEDIANTE DIEZ SENTENCIAS, EL SECUESTRO DEL RESULTADO DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DEL 28 DE JULIO DE 2024

Revista de Derecho Público, N° 177-178, julio-diciembre 2024,
Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

I. LA PROCLAMACIÓN DE NICOLÁS MADURO COMO CANDIDATO ELECTO, SIN TOTALIZACIÓN DE VOTOS, Y LA FELICITACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En horas de la madrugada del día 29 de julio de 2024, el Presidente del Consejo Nacional Electoral, Sr. Elvis Amoroso, sin que en dicho Cuerpo colegiado, conforme se exige en la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, se hubiese efectuado la totalización de las Actas de Escrutinio de todas las Mesas de Votación de las elecciones presidenciales del día anterior (28 de julio), anunció, anunció al país que el resultado de la elección presidencial había sido, con base en supuestas 80% de las Actas de Escrutinio que se habrían recibido pero que no fueron totalizadas, ni tabuladas ni publicadas, de 5.150.092 votos para para Nicolás Maduro y de 4.445.978 votos Edmundo González Urrutia, lo que daba un porcentaje de 51.20 % a favor de Nicolás Maduro y de 44.20% para Edmundo González Urrutia, declarando al primero ganador en forma “contundente e irreversible”.¹

Unas horas después, ese mismo día, el Presidente del Consejo Nacional Electoral, sin Totalización alguna de votos, anunció en una exposición oral la adjudicación del cargo y la proclamación como Presidente de la República electo, del Sr. Maduro,² actividad que en el *Informe preliminar del Panel de Expertos de la ONU - Elección presidencial de Venezuela del 28 de julio de 2024* de fecha 9 de agosto de 2024, se reseñó en la forma siguiente:

“En las primeras horas del 29 de julio de 2024, el Presidente del CNE *anunció* oralmente que el Presidente Nicolás Maduro había ganado la elección con 5.150.092 votos (51,2%), seguido por Edmundo González con 4.445.978 votos (44,2%), afirmando que se confirmó al Presidente Maduro como ganador con 6.408.844 votos (51,95%), seguido por González con 5.326.104 votos (43,18%), basándose en lo que según el CNE eran el 96,97% de los resultados de las mesas. Los anuncios de resultados consistieron en comunicaciones orales sin apoyo infográfico. *El CNE no publicó, y aún no ha publicado, ningún resultado* (o resultados desglosados por mesa de votación) para respaldar sus anuncios orales, según se contempla en el marco legal electoral.”³

¹ Véase la exposición completa del Presidente del Consejo Nacional Electoral el 29 de julio de 2024, en el video disponible en: <https://youtu.be/pB7g4y4M4s8?si=6-V1XY4GaMdAlfgh>

² Véase el acto en: <https://www.instagram.com/cneesvenezuela/reel/C-BuTgGh5Ds/>

³ El Informe del panel de Expertos de la ONU está disponible en: https://news.un.org/en/sites/news.un.org/en/files/atoms/files/Informe_Preliminar_PdE_Venezuela_090824.pdf

En todo caso, en horas más tarde de ese mismo día, el Tribunal Supremo de Justicia, en su cuenta oficial X, colocó un post o mensaje institucional de felicitación al “Jefe de Estado Nicolás Maduro por su reelección para el periodo presidencial 2025-2031,” firmado por su Presidenta Caryslia Beatriz Rodríguez”.⁴

II. EL SUPUESTO “RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL” INTENTADO POR EL CANDIDATO PROCLAMADO

Dos días después, el 31 de julio de 2024 el Sr. Maduro, quien había sido proclamado como ganador en las elecciones, sin embargo, no contento con ello, acudió ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo, “como Jefe de Estado,” para presentar “un recurso contencioso electoral, conforme a la Constitución, a la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” cuyo texto y contenido, sin embargo, durante todo el juicio que se originó y que duró hasta el 23 de agosto de 2024, y aún, posteriormente, ha permanecido en secreto, y nunca se ha sabido su contenido y texto.⁵

Lo único que se pudo deducir de la pretensión formulada, fueron informaciones orales ambiguas, expresadas por el propio Presidente, excandidato y declarado “Presidente electo,” en la Rueda de Prensa que realizó ante Corresponsales Internacionales el mismo día 31 de julio de 2024, en el Palacio de Miraflores, indicando que había “acudido ante el Máximo Tribunal para que la Sala Electoral procediera:

“a abocarse en la resolución del contencioso electoral del domingo 28 de julio y *dilucide desde el punto de vista de peritaje técnico, jurídico e institucional* y desde el punto de vista de las leyes venezolanas los acontecimientos del 28 de julio y posteriores al 28 de julio y establezca con absoluta claridad y sentencia legal, *los resultados definitivos que me dan como ganador de la elección del 28 de julio*, incluyendo todos los pasos y auditorías que se hicieron.[...] El sabotaje del sistema electoral de transmisión creó una situación de golpe de Estado contra el proceso electoral.”⁶

El Sr. Maduro, además, tanto en su cuenta X (antes Twitter) como en su cuenta de *Instagram*, el 31 de julio de 2024, dejó registrado que allí había acudido:

“para que [el Tribunal] *se avoque de inmediato a revisar todo el proceso electoral, todo el evento electoral*, y pida al Consejo Nacional Electoral todos los elementos de prueba del ataque cibernético, pida todas las actas, revise todo el proceso, convoque a todos los candidatos presidenciales, a todos los partidos, y le puedo decir que el Gran Polo Patriótico y el Partido Socialista Unido, a quien también represento, está listo para consignar los originales de las verdaderas actas, mesa por mesa, cuando sea requerido.”⁷

Ese mismo día, sin embargo, en las mismas cuentas de *Instagram* y X, Nicolás Maduro lo que informó fue que como “hombre de Leyes” había acudido ante la Sala Electoral, pero para “interponer un Recurso de Amparo.”⁸

⁴ El post del TSJ está disponible en el siguiente: https://x.com/tsj_venezuela/status/1818072469309124713?s=48&t=UqT1orZMkbWasar9tTjXNw. El texto, aún cuando pueda haber sido eliminado de la cuenta X del Tribunal Supremo está disponible en su texto original en internet (búsqueda: -TSJ Venezuela Felicitación Maduro 29 julio 2024-), en el siguiente link: https://x.com/TSJ_Venezuela/status/1818072469309124713?lang=es (última consulta 25 agosto 2024) Sobre este post, *Acceso a la Justicia* ha indicado que con esta publicación, el Tribunal Supremo -a pesar de ser el órgano judicial competente para una posible revisión de los resultados del CNE, emitió una opinión favorable sobre su desempeño y felicitó al presidente por su reelección.- Véase -8 anomalías del proceso ante el TSJ y su decisión definitiva sobre los resultados de las presidenciales del 28J,- 27 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/8-anomalias-proceso-ts-j-decision-definitiva-resultados-presidenciales-28j/>

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, -La judicialización del proceso electoral del 28 de julio de 2024 ante el Tribunal Supremo, en contra de la Constitución y de todas las normas más elementales que rigen los procesos judiciales en Venezuela- 23 de agosto d 2024, disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2024/08/A.B.-Brewer-Carias.-LA-JUDICIALIZACION-DEL-PROCESO-ELECTORAL-ANTE-EL-TRIBUNAL-SUPREMO.-23-8-2024-1.pdf>. En esta parte seguimos el texto allí publicado.

⁶ Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZB1sD8u-8V8>

⁷ Véase el video de la exposición en: <https://x.com/NicolasMaduro/status/1818755964918525970>; y en <https://www.instagram.com/p/C-GfJlbyvgj/?locale=fr>. Disponible igualmente en Tiktok, en: <https://www.tiktok.com/@nicolasmaduro/video/7397911229827665157>; y en Facebook en: <https://www.facebook.com/DIGITALTVPISCO/videos/nicolas-madurosoy-un-hombre-de-leyes-y-acud%C3%AD-a-interponer-un-recurso-de-amparo-a/1218993455776240/>

⁸ Disponible en: https://www.instagram.com/nicolasmaduro/reel/C-GfJlbyvgj/?locale=hi_IN%2F&hl=am-et, y en: <https://x.com/NicolasMaduro/status/1818755964918525970> Por ello, la noticia que se difundió fue que el redurso que había presentado había sido un recurso de amparo, Véase por ejemplo lo publicado en *Micrófono Zuliano*, -Nacionales. Presidente Maduro interpuso recurso de amparo ante Sala Electoral del TSJ,- 31 de agosto de 2024, disponible en: <https://microfono.zuliano.com/presidente-maduro-interpuso-recurso-de-amparo-ante-sala-electoral-del-ts-j/>

Por supuesto, ninguna lógica jurídica podía haber tenido el anuncio del Sr. Maduro, de que lo que había intentado ante la Sala Electoral era “un recurso de amparo,” particularmente porque para ello debía haber indicado, primero, cuál habría sido el derecho fundamental que alegaba como lesionado o que estaba amenazado de lesión, y de ser este el caso, cual podía haber sido el carácter inminente, posible y realizable de la amenaza. Además, el “recurrente” tenía que haber alegado su condición de agraviado, sobre el cual nada se dijo,⁹ por supuesto, porque al contrario era el beneficiado del acto del Presidente del Consejo Nacional Electoral que lo había proclamado, y, además, tenía que haber indicado claramente contra quien se intentaba el “recurso de amparo,” es decir, quien podría haber sido la persona “agraviante” que supuestamente había lesionado su derecho.

Nada de esto, por supuesto existía y por ello, para interponer un el supuesto “recurso de amparo” no se mencionó ningún derecho constitucional que hubiese sido lesionado o amenazado de lesión, con motivo de la elección presidencial ni de su proclamación por el Presidente del Consejo Nacional Electoral. En realidad, el 29 de julio de 2024, lo que si ocurrió fue que este, al proclamar a un candidato como Presidente, sin que se hubiese realizado la totalización de todos los votos con base en la información de todas las Actas de Escrutinio de todas las mesas de votación, el Presidente de dicho Consejo fue el que violó la Ley Orgánica de los Procesos Electorales y produjo una lesión cierta al derecho colectivo de todos los venezolanos, de ejercer su soberanía y elegir libremente su representante.

De lo anterior resultó que la supuesta pretensión de un “recurso de amparo,” conforme a lo que anunció el propio excandidato Presidente proclamado, jurídicamente no tenía fundamento alguno, por lo que entonces debía precisarse de qué se trataría el “recurso contencioso electoral” intentado, como también se lo había calificado, particularmente porque esta vía procesal está establecida en el ordenamiento jurídico para la impugnación de actos u omisiones electorales.¹⁰

Sin embargo, como lo indicó el propio recurrente, Sr. Maduro, el “recurso contencioso electoral” que intentó ante la Sala Electoral, fue para solicitar que se abocara “de inmediato a *revisar todo el proceso electoral*” y para que “*establezca con absoluta claridad y sentencia legal, los resultados definitivos* que me dan como ganador de la elección del 28 de julio;” recurso que simplemente no existe en el ordenamiento jurídico venezolano, y que la propia Sala Electoral, en su sentencia No. 25 de admisión del recurso de 1º de agosto de 2024, ignorando la ley que rige sus competencias, calificó como un recurso contencioso electoral para la “*investigación y verificación para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024.*”

Como lo explicaron los profesores de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela:

8. La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no otorga a la Sala Electoral del más alto tribunal de Justicia de Venezuela, ni al enumerar sus competencias específicas, ni al hacerlo en las competencias comunes de las Salas, atribución alguna que permita conocer una solicitud dirigida a iniciar un “proceso de investigación y verificación para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024”; menos aún, sin que medie un recurso contencioso electoral, el cual debe inexorablemente estar dirigido a la impugnación de un acto electoral.”¹¹

Por ello, con razón, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, observó:

⁹ Por ello, Andrés Guerrero ha indicado que en el -recurso- interpuesto, Maduro -no posee legitimidad activa para acudir al poder judicial a solicitar su intervención, pues no pesa sobre él ningún agravio contra el cual reclamar, carece de interés procesal para pedir la intervención judicial a un órgano -el máximo en su competencia- que sólo puede anular actos electorales o establecer obligaciones o condenas de hacer, frente a omisiones.- Véase Andrés Guerrero, -El Tribunal Supremo de Venezuela es una marioneta de Maduro,- en *El Debate*, 21 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.eldebate.com/internacional/2024-0820/andres-guerrero-prestigioso-jurista-tribunal-justicia-marioneta-maduro-221318.html>; y en *El Nacional*, 21 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-tribunal-de-justicia-es-una-marioneta-de-maduro/>

¹⁰ Por ello, de entrada, Gerardo Blyde se preguntó sobre: -¿Qué impugnó Maduro? ¿Su propia acta de proclamación? El TSJ no tiene ninguna competencia para suplir la obligación que tenía el CNE de cumplir con la totalización antes de proclamar. ¿Cuál es la controversia que conoce el TSJ y por la que citan a los candidatos? Maduro no tiene legitimidad activa a menos que haya impugnado su propia proclamación.- Véase en EFE@EFENoticias 1 agosto, 2024 10:22 pm. Disponible en: <https://efe.com/mundo-2/2024-08-02/negociador-opositor-nula-proclamacion-maduro/>

¹¹ Disponible en: <https://efectocuyo.com/politica/catedra-de-derecho-constitucional-de-la-ucv-sala-electoral-usurpa-funciones-del-cne/>

“con preocupación que la Sala Electoral, al asumir, con motivo de un “recurso contencioso de nulidad” ejercido por el entonces candidato Nicolás Maduro, la tarea de “certificar” los resultados electorales y realizar un “peritaje sobre el material electoral”, está invadiendo las competencias constitucionales que son propias y exclusivas del Poder Electoral.”¹²

III. LA ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ABOGADO ASISTENTE EN JUICIO DEL SR. MADURO

En todo caso, lo primero que debía observarse sobre el “recurso contencioso electoral” intentado ante la Sala Electoral, y admitido por esta, fue que fue presentado por el Sr. Maduro estando “representado por el ciudadano Procurador General de la República, Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 96.868,” es decir, por un alto funcionario público, actuando como abogado en ejercicio de la abogacía, lo cual es absolutamente ilegal e inconstitucional.

De acuerdo con la Constitución, el Procurador General de la República es un funcionario público, incluso de los pocos de rango constitucional, cuya competencia es solo la de “asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los *intereses patrimoniales de la República*,” y de ser consultado “para la aprobación de los contratos de interés público nacional” (art. 247), siendo sus competencias las determinadas exclusivamente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en la cual se reitera que dicho órgano solo tiene competencia para ejercer la “defensa de los derechos, *bienes e intereses patrimoniales de la República*, a nivel nacional e internacional y en el ejercicio de su función consultiva, así como, las normas generales sobre procedimientos administrativos previos a las demandas contra la República” (art. 1), y para “asesorar jurídicamente a los órganos del Poder Público Nacional y ejercer la defensa y *representación judicial y extrajudicial de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República*, tanto a nivel nacional como internacional (art. 2); precisándose esas competencias en materia judicial en el artículo 9 de la misma Ley, todas referidas a la *representación de la República*.”

En consecuencia, no es función del Procurador General de la República, actuar en juicio representando a otro funcionario público, en este caso, el Presidente de la República, y menos en cuestiones personales de este, como es su condición de candidato “proclamado” en unas elecciones, y aún menos, en representación de un partido político que el sr. Maduro estaba representado al intentar el recurso como lo expresó de viva voz ante los Magistrados de la Sala Electoral.

La actuación del Procurador General de la República, Sr. Muñoz, en este caso, fue totalmente contraria a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, además, contraria a la Ley de Abogados, la cual prohíbe a los funcionarios públicos ejercer la abogacía. Se trató, efectivamente, de un ejercicio ilegal de la abogacía que debió haber sido sancionado por el Colegio de Abogados respectivo.

IV. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA SALA ELECTORAL Y LA INEXISTENCIA DEL “RECURSO” INTENTADO PARA LA REALIZACIÓN DE UN “PERITAJE” DE VERIFICACIÓN ELECTORAL

Ante el carácter “secreto” de su texto del “recurso contencioso electoral” intentado, de la información que derivó de las declaraciones formuladas por el recurrente antes indicadas, era evidente que el Sr. Maduro no había intentado un recurso contencioso electoral de los regulados en el ordenamiento jurídico venezolano, pues conforme a las normas legales que el propio Sr. Maduro citó en su Rueda de Prensa ante los Corresponsales Internacionales el 31 de julio de 2024,¹³ la Sala Electoral solo tiene competencia, como Jurisdicción Electoral que fue creada conforme al artículo 297 de la Constitución y reafirmada en el artículo 197 de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, *para conocer de la “impugnación” de los actos emanados del Consejo Nacional Electoral*, como lo indica el artículo 202 de la misma Ley Orgánica, y más precisamente, de los *recursos “contra los actos, omisiones o actuaciones del Consejo Nacional Electoral”* (art. 213); debiendo regirse el recurso contencioso electoral que existe, conforme al artículo 214, por “las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en todo lo no previsto” por aquella. Como lo ha resumido la profesora Daniela Urosa, la justicia contencioso-electoral tiene por finalidad,

¹² Véase -Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia referente a las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024,- de fecha 26 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamento-sentencia-Sala-Electoral-TSJ.pdf>

¹³ Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZB1sD8u-8V8>

“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 y de relaciones jurídicas de naturaleza electoral. [...] 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.”¹⁴

A tal efecto, dicha Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es precisa al atribuir a la Sala Electoral en su artículo 27, exclusivamente, las siguientes competencias:

“1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan *contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral*, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Conocer las demandas de *amparo constitucional de contenido electoral*, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.”

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo, además, precisó las normas procesales básicas aplicables en el procedimiento contencioso electoral, en particular, para que la demanda pueda admitirse, y que son que el recurso tiene que intentarse por alguna persona que tenga interés legítimo en interponer la demanda contencioso electoral (art. 179); mediante escrito de demanda en la cual se debe indicar con precisión, la identificación de las partes y tiene que contener una narración circunstanciada de los hechos que dieron lugar a “*la infracción que se alegue y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto agravante*” (Art. 180).

Es decir, necesariamente tiene que haber una *infracción o violación de ley que debe denunciarse*, con indicación de sus previsiones, y tiene que haber un órgano que se denuncie como supuesto infractor o agravante que haya cometido la infracción denunciada, que en los términos del artículo 184 de la misma Ley Orgánica sería el “ente u órgano demandado.”

Ninguna de estas previsiones legales se respetó en este caso de la presentación del recurso por el Sr. Maduro, como quedó evidenciado en la “explicación” que hizo sobre su “recurso” en la presentación verbal que hizo ante los miembros de la Sala Electoral, como quedó grabado en el video respectivo, al indicar que acudía ante la misma:

“como Jefe de Estado, Presidente de la República, para presentar un recurso contencioso electoral en base a la Constitución, a la Ley Orgánica de los procesos Electorales y la Ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para que esta sala Electoral se aboque de inmediato a revisar todo el proceso electoral, todo el evento electoral, y pida al Consejo nacional Electoral todos los elementos d prueba del ataque cibernético, pida todas las actas, revise todo el procedimiento, convoque a todos los candidatos presidenciales, a todos los partidos políticos, y le puedo decir, que el Gran Polo patriótico y el Partido Socialista de venezuela, a quien también represento, está listo para consignar las originales de las verdaderas actas, mesa por mesa, cuando sea requerido.”¹⁵

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es enfática en indicar que “el incumplimiento” los extremos que se indican como condición para la admisibilidad de los recursos contencioso electorales, “provocará la inadmisión de la demanda” (Art. 181), por lo que ello debió haber sido suficientes para declarar la demanda de supuesto “recurso contencioso electoral” interpuesta por el Presidente de la República, en el cual no se impugnó acto u omisión alguna del Consejo Nacional Electoral, y en el cual, por tanto, no se identificó alguna “otra” parte del proceso, ni se indicó “infracción” de ley alguna, ni de “agravio” alguno en contra del recurrente, ni de que alguien hubiese sido un supuesto “agravante.” Por ello, en la decisión de la Sala Electoral No. 25, que fue, como se dijo, solo un auto de admisibilidad no hubo, conforme lo exige el artículo 186 de la ley Orgánica, orden alguna de “citación del demandado,” ni se ordenó “emplazar a los interesados por medio de un cartel.”

Es decir, como lo observaron los profesores miembros de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela, en definitiva:

¹⁴ Véase Daniela Urosa Maggi, -Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela,- en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 14/2018, pp. 319, 320

¹⁵ Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=kTgmrywjTmA>

“9. [...] la Sala Electoral, procedió a admitir un recurso de fecha 31 de julio de 2024, presentado por Nicolás Maduro Moros, con ese específico petitorio y sin atacar acto alguno, por una simple razón: El único acto emitido por el Consejo Nacional Electoral había sido y es la propia proclamación del accionante; y se hizo en forma anticipada al escrutinio total de las actas ya que, según el informe de resultados presentado por el presidente del Consejo Nacional Electoral (CNE) Elvis Amoroso el mismo día de la elección, reflejaba solo el 80% de las actas existentes.

14. Desde una perspectiva del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo venezolano, no existe un recurso dirigido a “iniciar el proceso de investigación y verificación para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024”, sin que tal ejercicio procedimental constituya una usurpación de las atribuciones del Consejo Nacional Electoral como ente rector del Poder Electoral. Asimismo, en el expediente AA70-E-2024-000034 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia se desarrolla un proceso que no puede ser calificado como recurso contencioso electoral.”¹⁶

V. EL ITER PROCESAL DEL INEXISTENTE “RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL” DESARROLLADO EN SECRETO ANTE LA SALA ELECTORAL Y LA SECUELA DE SENTENCIAS DICTADAS, TODAS NULAS POR INMOTIVADAS

A pesar de que el “recurso contencioso electoral” intentado por el Sr. Maduro no exista en el ordenamiento jurídico venezolano, como se dijo, la Sala Electoral lo admitió mediante sentencia No. 25 dictada en fecha 1º de agosto de 2024, con la cual se inició a un proceso judicial que se desarrolló íntegramente en secreto.

De su origen en efecto, solo se conoció sobre el “recurso contencioso electoral” intentado por las declaraciones recogidas en los medios antes indicadas, pues el texto del escrito del recurso, y, por tanto, su objeto preciso, nunca se conoció.

Con dicha decisión se inició, en todo caso, un proceso cuyo “expediente” tampoco nadie ha visto físicamente, sabiéndose solo según los avisos publicados en la página web del Tribunal Supremo, que tiene por número el 000034; y cuyas “partes” en el procedimiento solo fueron el:

“Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, titular de la cédula de identidad número V- 5. 892.464, representado por el ciudadano Procurador General de la República, Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 96.868.”

Es decir, se trató de un proceso judicial secreto, sin parte demandada, y que se desarrolló sin que nadie conociera ni hubiera tenido acceso a sus actas, al punto de que las decisiones o sentencias que en el mismo se dictaron nunca no se publicaron, y solo se conoció de ellas por los avisos o resúmenes de las mismas, su parte dispositiva pero no su motivación, publicadas en el sitio web del Tribunal Supremo, la cual, por lo demás, en general permaneció caída desde que el procedimiento se inició. Y bien es sabido, que, sin motivación, las sentencias dictadas son nulas (arts. 243.4 y 244 del Código de Procedimiento Civil).

En contraste con lo que ocurrió, hay que recordar que conforme al artículo 257 de la Constitución los procedimientos en los procesos judiciales deben ser públicos, lo que reitera el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, al agregar que “los actos del proceso *serán públicos*,” pudiéndose proceder “a puertas cerradas cuando así lo determine el Tribunal por motivo de decencia pública”, lo cual no ocurrió en este caso, por no darse supuesto alguno que la motivase vinculado con la moralidad y buenas costumbres.¹⁷ No pudiendo considerarse como público un proceso donde las actas son secretas, a pesar de que se hubieran publicitado por los medios audiovisuales, las “audiencias” realizadas, la lectura parcial de decisiones, sin motivación, y las visitas *in situ* a dependencias, con peritos cuyos nombres nadie conoció y siempre estuvieron enmascarados.

1. *Primera decisión de la Sala Electoral sobre la admisibilidad de un supuesto recurso contencioso electoral (Sentencia No. 25 de 1 de agosto de 2024)*

La primera “sentencia” en el irregular y bizarro procedimiento fue la indicada No. 25 dictada en fecha 1 de agosto de 2024, mediante la cual, la Sala Electoral adoptó la siguiente *decisión de admisibilidad*:

¹⁶ Disponible en: <https://efectocucuyo.com/politica/catedra-de-derecho-constitucional-de-la-ucv-sala-electoral-usurpaciones-del-cne/>

¹⁷ La definición general de decencia apunta en el ámbito del colectivo social, al -aseo, compostura y adorno correspondiente a cada persona o cosa, a la moralidad establecida, y a las denominadas buenas costumbres, y tradicionalmente aplicado a aspectos relacionados con la sexualidad.

“Sobre la base de los razonamientos efectuados, esta Sala Electoral del más alto Tribunal del país, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley y de conformidad con las facultades constitucionales y legales que le están atribuidas, declara:

1.- Que es *competente, acepta y asume el recurso contencioso electoral* presentado en fecha 31 de julio de 2024, por el ciudadano Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, titular de la cédula de identidad número V- 5. 892.464, representado por el ciudadano Procurador General de la República, Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 96.868.

2.- *Se admite, se aboca e inicia el proceso de investigación y verificación para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024*, solicitado por el ciudadano Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros mediante el presente recurso contencioso electoral. En consecuencia, se convoca a los ciudadanos: Nicolás Maduro Moros, Luis E. Martínez, Edmundo González, Daniel Ceballos, Antonio Ecarri, Benjamín Rausseo, Enrique Márquez, José Brito, Javier Bertucci, Claudio Fermín, en su carácter de Candidatos en el proceso de elección Presidencial celebrado el 28 de julio de 2024, para que comparezcan *intuitu personae*, a esta Sala Electoral del Máximo Tribunal de la República, el día viernes 02 de agosto de 2024 a las dos de la tarde (2:00 p.m).

Esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, asume el compromiso con la Paz, la Democracia, y en procura del orden Constitucional de la República, garantizando que la voluntad de las electoras y los electores reciba una efectiva y oportuna tutela judicial.”

Se observa de este resumen, primero, que se trató de una decisión adoptada según “los razonamientos efectuados” los cuales sin embargo no se indicaron y nada se informó sobre ellos, con lo que se confirmó que se trató de un procedimiento impreciso y nada transparente; y que la admisión del supuesto recurso se hizo “de conformidad con las facultades constitucionales y legales que le están atribuidas”, pero sin identificar las previsiones de la Constitución o de las leyes que pudieran dar cabida al procedimiento, previsiones que, por supuesto, no existen, y que la Sala no podía decir que ignoraba cuales podrían ser.

Como lo observó *Acceso a la Justicia*, al desconocerse el contenido texto completo del auto de admisión dictado:

“llama la atención la desnaturalización de la acción judicial presentada por el primer mandatario venezolano. Puede notarse que el propósito para el cual utiliza el recurso contencioso electoral el Presidente es ajeno a la esencia jurídica contemplada por el legislador en la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE).

El recurso contencioso electoral es un medio judicial que sirve para impugnar los actos (normativos o no), actuaciones materiales (vías de hecho) y abstenciones u omisiones del CNE, conforme a lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE), por lo que su ejercicio por parte del Presidente para obtener una verificación de los resultados electorales de la contienda en la que él fue proclamado vencedor, está al margen de la finalidad legal, violándose el principio de legalidad teleológica (artículo 137 CRBV).

Es de destacar que, al admitir esa pretensión, también la SE delata una evidente parcialidad, premiando lo que no podemos calificar de desconocimiento sino de favorabilidad a una de las partes, en franca violación al principio de igualdad procesal (artículo 21 CRBV).

Está claro que el recurso contencioso electoral está concebido para ejercer el control judicial de los procesos electorales, y en especial como una acción para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el CNE. Es arbitrario, entonces, a la luz del mencionado postulado legal, que el Presidente ejerza esta acción para constatar los resultados de una elección en la que él tiene una posición favorable, y sobre todo demandar una tutela judicial en el momento que la solicita, ya que él fue para el CNE el vencedor del proceso celebrado el 28 de julio, y por ende proclamado como tal.”¹⁸

Por otra parte, ante esta decisión de anunciar la convocatoria a los candidatos presidenciales a que comparecieran ante la Sala Electoral, sin expresar motivación alguna ni informar en qué carácter se formulaba, el candidato presidencial, Enrique Márquez, quien en el pasado había sido miembro del Consejo Nacional Electoral, ante tal convocatoria expresó su posición así:

¹⁸ Véase *Acceso a la Justicia*: -SE admite recurso presentado por el Presidente para la -certificación- de los resultados de las elecciones presidenciales,- 1 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-admite-recurso-presentado-por-el-presidente-para-la-certificacion-de-los-resultados-de-las-elecciones-presidenciales/>

“1. Me enteré por las redes sociales de esa presunta citación. A mi no me llegó ningún alguacil de la Sala Electoral con una citación donde me diga que estoy citado, ni que me dijera la hora de la reunión, ni me dijera cual es el objeto de la reunión. Ni se me entregará copia del presunto recurso ejercido por el Presidente de la República. Se dice que hay un recurso pero que nadie ha visto.

2. Esta es una cita a ciegas, con un alto grado de opacidad y sin ninguna transparencia. No sé si fui citado como investigado, como imputado, como testigo, como experto. No se en calidad de que voy a esa cita. La Sala Electoral no me lo dijo.

3. No sé si debo asistir acompañado de un abogado porque nadie me lo informó. Todo es opaco en esa citación. En todo caso manifiesto al país que asistiré en mi condición de candidato y me haré parte en ese proceso en mi condición de Ciudadano venezolano que apuesta a la transparencia del proceso electoral del pasado 28 de julio.

4. Asistiré y dejaré constancia de la falta de transparencia de la citación, me daré por citado formalmente, solicitaré me sea entregada copia del recurso, copia del auto de admisión, y de las pruebas que hubieran sido presentadas y, pediré me sea concedido un plazo prudencial para presentar mi opinión frente al fondo del recurso planteado.

5. Solicitaré que se me tenga como parte en el recurso en mi condición de tercero interesado en el recurso y que se me conceda un plazo para presentar mis alegatos de fondo frente al recurso, pediré que se me explique cuál será el procedimiento que aplicará la sala para tramitar y sustanciar el recurso. Este es un recurso sorprendentemente atípico que debe tener un procedimiento.

6. Dejaré constancia de lo atípico del recurso llamado contencioso electoral donde aparentemente no se impugna ningún acto electoral, desnaturalizando el recurso contencioso electoral regulado en la ley.

7. Dejaré claro que existe en el país un estado de alarma y conmoción nacional cuando el Presidente del Consejo Nacional Electoral nos informó a todos los venezolanos que el sistema de transmisión de datos había sido hackeado, quitándole confiabilidad y transparencia al sistema de transmisión de datos. que sirvió de base para proclamar a un candidato mediante una transmisión de datos que no era confiable porque fue hackeada.

8. Ratifico que asistiré sin abogados lo que viola el derecho a la asistencia jurídica que me garantiza el artículo 49 de la Constitución y que presentará posteriormente mis alegatos de fondo sobre el recurso.

9. Ratifico que el sistema republicano que se ha dado la nación en la Constitución de 1.999 tiene su columna central en el sufragio que la ejerce el pueblo en ejercicio de la Soberanía Popular, la cual según opinión del Presidente del CNE habría sido hackeada.

10. Ratificaré la necesidad imperiosa de que el CNE en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, publique de forma inmediata las actas de escrutinio de cada una de las mesas electorales que funcionaron el pasado 28 de julio, y con esto abone el camino de la paz para todos los venezolanos. Es el momento crucial para que nuestras instituciones funcionen apegadas a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”¹⁹

En todo caso, de acuerdo con la decisión del 1 de agosto, y con base en la “convocatoria” pública que se hizo para que comparecieran los candidatos presidenciales ante la Sala Electoral, el 2 de agosto se realizó en la misma una “audiencia” para recibir a los convocados. Concluida la audiencia, los convocados formularon declaraciones a los medios de comunicación, entre las cuales se destacan en particular las siguientes:

La declaración de Enrique Márquez, en la cual expresó:

“no sé de qué se trata esto; la Sala Electoral admite un recurso contencioso electoral del presidente de la república que fue declarado ganador por el Consejo Nacional Electoral. ¿contra qué concurre el presidente de la república? ¿contra su propia proclamación? La sala electoral admite un recurso contencioso electoral y permite que nos demos por notificado, sin conocer el recurso.

Debo informarle al país que me negué a firmar el acta de notificación porque no me siento notificado de nada; la notificación tiene que venir acompañada de recursos, de las razones por las cuales se me incluye una convocatoria, de tal manera que me voy como vine: sin saber exactamente de qué se trata esto.

[...] aprovecho la majestad del Tribunal Supremo de Justicia para desde acá exigirle al Consejo Nacional Electoral que se ponga derecho y publique los resultados electorales que soportan el boletín número uno y el boletín número dos producido el día de hoy mediante el cual ofrece los resultados. No hay otra forma y espero que este asunto de hoy que no sé exactamente qué es, en la Sala Electoral no sea utilizado para que el Consejo Nacional Electoral se esconda bajo las togas de los magistrados y no dé el frente a la situación

¹⁹ Disponible en: <https://x.com/ENRIQUEMARQUEZP/status/1819420779051675825>

que se le está planteando en el país, que es una situación muy clara, que lo entiende el país y lo entiende el mundo: las actas son fundamentales, son fundamentales para la transparencia, son fundamentales para la paz.”²⁰

La declaración de Ecarri, en la cual expresó:

“hemos acudido aquí y hemos consignado ante la Sala Electoral nuestras observaciones muy firmes con relación a este proceso inédito en la historia contemporánea de Venezuela. Tenemos severas observaciones frente a este procedimiento: primero, les confieso que no sé en qué condición fui citado, si fue como testigo, si como experto, como parte; porque aquí quien está escurriendo el bulto es el Consejo Nacional Electoral. [...] en todas mis redes sociales van a ver el documento que acabamos de consignar con las observaciones frente a este proceso que todavía no entiendo para qué está: ¿es un proceso de certificación de actas?; ¿es un proceso de qué.”²¹

De lo anterior quedó evidenciado que los convocados “Candidatos en el proceso de elección Presidencial celebrado el 28 de julio de 2024,” para que compareciera *intuitu personae*, no supieron en ese momento para qué se les requería, ni de qué se trataba el “recurso” presentado, cuyo texto nunca pudieron leer.

2. *Segunda decisión del proceso: prejuzgando sobre lo alegado por el “recurrente” la Sala solicitó instrumentos al Consejo Nacional Electoral (Sentencia No. 26 de 2 de agosto de 2024)*

Concluida la audiencia antes mencionada, la segunda sentencia secreta dictada en el proceso secreto que se anunció en el sitio web del Tribunal, fue la sentencia No. 26 dictada ese mismo día de la comparecencia de los convocados excandidatos, el 2 de agosto de 2024, en cuyo “aviso” en el mismo sitio web de nuevo se indicó como “Partes” del proceso al “Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros,” habiendo la Sala Electoral resuelto, primero:

“Solicitar al Consejo Nacional Electoral consigne dentro del lapso de tres (3) días de despacho a partir de la notificación de la presente decisión, ante esta Máxima Instancia, los siguientes instrumentos relacionados con el proceso de Elecciones Presidenciales del 28 de julio de 2024: Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales a nivel nacional; Acta de Totalización Definitiva del proceso eleccionario; así como el Acta de Adjudicación y el Acta de Proclamación del indicado proceso.”

Es decir, la Sala fue específica en señalar que requería del Consejo Nacional Electoral, *la totalidad, a nivel nacional, de las más de 30 mil Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales* donde debía constar la votación del 28 de julio de 2024; y además, el *Acta de Totalización Definitiva del proceso eleccionario; el Acta de Adjudicación y el Acta de Proclamación* del Sr. Maduro en el indicado proceso.

La segunda decisión, fue la siguiente, que:

“Asimismo, toda vez que *constituye un hecho público, notorio y comunicacional* el ataque cibernético denunciado contra el sistema informático del Consejo Nacional Electoral, como impedimento a la oportuna transmisión de los resultados electorales; igualmente se le solicita al Máximo Órgano Comicial, todos los elementos de prueba asociados con tal evento.”

Esta decisión fue en sí misma una ilegalidad procesal inusitada, al adelantar opinión judicial sobre uno de los temas sujetos a decisión, dando *ab initio* por probado que supuestamente se habría producido un “ataque cibernético” contra el sistema informático del Consejo Nacional Electoral,” y que el mismo habría sido supuestamente el “impedimento a la oportuna transmisión de los resultados electorales.” Esta calificación, como lo observó Acceso a la Justicia:

“debía hacerla el tribunal al momento de valorar las pruebas, y no antes, como lo hizo, sobre todo cuando inicia la recopilación de las actas del proceso electoral, por lo que se parcializa con el accionante, es decir, el Presidente de la República.”²²

Además, agregó la sentencia que se solicitaba de dicho Consejo que consignase “todos los elementos de prueba asociados con tal evento,” sin duda contradictoriamente, pues que ya había dado supuestamente por probado dicho hecho.

²⁰ Declaraciones disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=i71spV7G9FE>

²¹ Declaraciones disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=i71spV7G9FE>

²² Véase *Acceso a la Justicia*, -se solicita al CNE presentar las actas de escrutinio, de totalización, adjudicación y proclamación de las elecciones del 28 julio,- 2 de agosto de 2024, disponible en: [https:// accesoalajusticia.org/se-solicita-al-cne-presentar-las-actas-de-escrutinio-de-totalizacion-adjudicacion-y-proclamacion-de-las-elecciones-del-28-jul/](https://accesoalajusticia.org/se-solicita-al-cne-presentar-las-actas-de-escrutinio-de-totalizacion-adjudicacion-y-proclamacion-de-las-elecciones-del-28-jul/)

Por supuesto, el haber calificado al supuesto ataque cibernético, como un “hecho público, notorio y comunicacional” fue un gravísimo error judicial, ya que dicho supuesto ataque había sido desmentido incluso por observadores internacionales que presenciaron la transmisión de datos, lo que impedía que pudiera considerarse como tal conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

Esta afirmación de la Sala Electoral obligaba a sus magistrados a inhibirse del conocimiento del asunto por haber manifestado su opinión sobre el asunto sobre el cual había comenzado a conocer.

Con todo lo anterior, como lo observó *Acceso a la Justicia*, había quedado:

“en evidencia el uso desviado de este proceso, toda vez que el Presidente no pretende el control judicial de los actos u omisiones del CNE, sino la verificación de unos resultados electorales ya anunciados por el árbitro electoral que lo dan por ganador de los comicios, lo que no entra en el ámbito de las competencias del poder judicial.”²³

3. *Tercera decisión de la Sala Electoral decidiendo iniciar un “proceso de peritaje” que no existe (Sentencia No. 27 de 5 de agosto de 2024)*

La tercera sentencia dictada por la Sala Electoral en el caso fue la sentencia No. 27 del 5 de agosto de 2024, igualmente secreta, porque tampoco fue publicada, y de la cual solo se conoció el aviso publicado en la página web del Tribunal Supremo, y consistió en lo siguiente:

Primero, en informar que conforme a “la solicitud” que se había formulado al Consejo Nacional Electoral, “en la presente causa” el 2 de agosto de 2024, “para la consignación de los instrumentos electorales relacionados con el proceso electoral celebrado el 28 de julio de 2024,” es decir, como anteriormente se dijo, las “Actas de Escrutinio de las Mesas Electorales a nivel nacional; Acta de Totalización Definitiva del proceso eleccionario; así como el Acta de Adjudicación y el Acta de Proclamación del indicado proceso,” la Sala dejó “constancia de haberse recibido todos los recaudos solicitados, por parte del Consejo Nacional Electoral, dando cumplimiento así a la orden judicial.”

De este texto, se debía deducir que el Presidente del Consejo Nacional Electoral supuestamente debió haber consignado todas las Actas de Escrutinio de las más de 30 mil Mesas de Votación, lo cual era en volumen mucho más grande de lo que puede caber en una carpeta con algunos documentos que fue lo único que consignó dicho funcionario en la audiencia ante la Sala Electoral, según se evidenció del video de la transmisión de la misma.²⁴ No hubo evidencia alguna de que se hubiesen consignado las 30 mil Actas de las Mesas electorales, y el Tribunal ni siquiera las mencionó en su sentencia. Solo dijo que había recibido *todos los recaudos solicitados*, y nada más.

Segundo, en relación con la comparecencia de los otros citados, la Sala decidió que en relación con los representantes de los “partidos políticos y de los candidatos” que la misma fuera “*intuitu personae*” (con el objeto de no comparecieran sus abogados sino ellos personalmente) “para la debida *consignación de todos los instrumentos electorales que se encuentren en posesión*” de los mismos” acordando que “deberán consignar la información requerida y responder las preguntas que les formule este Órgano Jurisdiccional en relación con la presente causa,” estableciendo para ello un cronograma indicando día, horas y las personas, con nombre y apellido, que debitan comparecer.²⁵

Como consecuencia, la Sala ordenó “la citación de los referidos ciudadanos, y advirtió que la falta de comparecencia ante esta Sala acarrearía las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico vigente,” sin especificar a cuáles consecuencias se refería, situación que también vulneraba el derecho a la defensa de quienes fueran citados.

²³ *Idem*

²⁴ Luego, se confirmó *ex post facto*, que poco había sido consignado físicamente por el Consejo Nacional Electoral ante la Sala Electoral, por el hecho de que fueron sus magistrados quienes en el proceso de -peritaje- se trasladaron a la Sede del Consejo Nacional Electoral a verificar el material que allí estaba -en custodia-.

²⁵ Sobre ello con razón, el Editorial de Analítica de fecha 8 de agosto de 2024, indicaba que: -Más allá de cualquier consideración legal sobre la materia, es inaudito que siendo el Consejo Nacional Electoral el portador de todas las actas y el encargado de publicar los resultados electorales completos, en lo que ha fallado evidentemente, se pretenda que los actores políticos lleven esos documentos al alto tribunal.- Véase -Las benditas Actas,- *Analítica.com*, 8 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.analitica.com/el-editorial/las-benditas-actas/>

Por otra parte, nada indicó, sobre el carácter conforme al cual estaban citadas todas esas personas en la “causa,” en particular, si era como partes, como testigos, como peritos, o como qué.²⁶

Lo que es necesario dejar precisado, en todo caso, es que en el “ordenamiento jurídico” no hay ninguna consecuencia para la no atención de invitaciones a comparecer como las que la Sala hizo a unos ciudadanos para que acudieran al Tribunal con unos recaudos. Ellos, conforme al ordenamiento jurídico, no tenían obligación alguna de comparecer, y su no atención a la “citación” no tenía consecuencias jurídicas algunas. Hay que recordar que en ninguna fase del bizarro “proceso de peritaje” inventado por la Sala, esas personas se habían identificado como “partes” y menos como “partes demandadas.” Tampoco habían sido “citados” como testigos, para hacer evacuar de oficio una “prueba testimonial,” y si así hubiese sido no habrían tenido obligación alguna de comparecer y menos de consignar recaudo o documento alguno. Y, por supuesto, en el caso, no se trataba de que se hubiese dictado algún mandamiento de amparo, que es el único caso en el cual conforme al ordenamiento jurídico podría darse la figura del “desacato” con consecuencias sancionatorias de orden penal. De manera que la “amenaza” de la Sala de que “la falta de comparecencia ante esta Sala acarreará las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico vigente,” no pasaba de ser eso, una amenaza, pero sin consecuencias jurídicas.

Tercero, en la decisión No. 27 de agosto, la Sala resolvió que “siendo de trascendencia Nacional y de orden público la presente causa,” la Sala Electoral dio inicio:

“al *proceso de peritaje* del material consignado por un lapso de hasta quince (15) días, prorrogables; para lo cual hará uso de todos los mecanismos disponibles en nuestro ordenamiento jurídico en tal propósito.”

Por supuesto, ni en la Ley Orgánica de los Procesos Electorales ni en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se regula la existencia de una “causa” judicial, es decir, de un “proceso judicial” que solo tenga una *parte* solicitante, y menos aún que el objeto de la “causa” sea llevar adelante un “*proceso de peritaje*” sobre material electoral.

No debe olvidarse que, conforme a la definición más general, el “peritaje judicial” es “la labor de investigación, análisis y valoración realizado por profesionales especializados aprobados por el juez.” Es decir, es una actividad probatoria que se tiene que realizar por “peritos judiciales” que necesariamente tiene que ser profesionales especializados que el juez debe aprobar. En este caso, no se hizo mención alguna sobre quienes fueron los profesionales especializados designados como “peritos judiciales,” y si en su designación intervino la parte solicitante, y lo que se supo es que fueron supuestos “peritos” cuya identidad se mantuvo en secreto, que actuaron enmascarados, y que supuestamente analizaron y verificaron “actas” que fueron secretas, pues nadie supo de ellas, lo que quedó en evidencia en los videos publicitados sobre las acciones de la Sala Electoral.²⁷

Por tanto, la creación que hizo la Sala fue absolutamente inconstitucional e ilegal, pues dicho “proceso de peritaje” que la Sala calificó como “de orden público y trascendencia nacional,” pero que desarrolló en secreto, con recaudos ocultos, no existe. Como lo argumentó *Acceso a la Justicia*, la Sala Electoral:

²⁶ Véase *Acceso a la Justicia*, -Sala Electoral inicia proceso de peritaje del material electoral y cita a excandidatos y representantes de partidos,- 5 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sala-electoral-inicia-proceso-de-peritaje-del-material-electoral-y-cita-a-excandidatos-y-representantes-de-partidos/>

²⁷ Véase por ejemplo, lo expresado por Emilia Rojas Sasse, en reportaje con representante de Transparencia Electoral: -Lo concreto es que no se han publicado las actas electorales, pese a la insistencia de la comunidad internacional. «Ellos tienen las actas que tiene la oposición. Recordemos que la máquina, cuando se hace el escrutinio en cada mesa, emite en formato papel un respaldo. Y las actas que tiene la oposición -el 83 por ciento- las tiene también la autoridad electoral, que no sabemos por qué nunca las mostró», subraya el fundador de Transparencia Electoral, Leandro Querido. Descarta prácticamente que se puedan publicar documentos alterados. «Es, yo diría, imposible, porque hay actas originales en poder de la oposición, que las mostró al mundo a través de una plataforma. Sería muy evidente la manipulación», dice, mencionando además los resguardos de seguridad. También Rojas destaca ese punto. «He conversado con algunas personas expertas en el sistema, y dicen que tendrían problemas si quisieran falsificar o emitir nuevas actas. Porque tendrían que desarrollar todo el proceso nuevamente. Falsificar las actas con los códigos de seguridad que tienen, incluyendo la firma de los miembros y testigos de las mesas, es imposible dentro del sistema. Fuera del sistema podrán hacer cualquier cosa. Buscar impresoras que lo hagan de la forma más precisa posible, no sé», reflexiona el politólogo venezolano, -en DW, -Las actas secretas de Maduro,- en *Morfema Press*, 21 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/las-actas-secretas-de-maduro/> Véase además, la reseña de Gabriel Peraza, -¿Quiénes son los enmascarados encargados de hacer el peritaje electoral chimbín del TSJ?,- en *Morfema Press*, 20 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/quienes-son-los-enmascarados-encargados-de-hacer-el-peritaje-electoral-chimbín-del-ts/>

“creó un procedimiento no establecido en la LOTSJ, que en este caso se trata de un proceso de peritaje del material consignado por un lapso de hasta quince (15) días, prorrogables; para lo cual hará uso de todos los mecanismos disponibles en nuestro ordenamiento jurídico en tal propósito”.

Adicionalmente, la manera en que la SE está tramitando este “proceso de certificación” de los resultados electorales a través del recurso contencioso electoral que presentó el Presidente de la República, lo que hace sin ningún tipo de referencia o sustento normativo, violando el principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución.

Lo antes expuesto configura una usurpación de funciones por parte de la SE, no solo por arrogarse las competencias del árbitro electoral, sino por asumir el rol de legislador, tras crear un procedimiento *ad hoc* para la tramitación del recurso contencioso electoral.

La Sala ha creado un procedimiento *ad hoc* desde el principio de la tramitación del expediente para lograr la “certificación de resultados electorales”, lo que como ya se ha señalado no es parte del objeto ni finalidad del recurso contencioso electoral que es un medio de control de legalidad de los actos, actuaciones u omisiones del CNE en materia de elecciones. [...]

Este proceso de certificación de las elecciones celebradas el pasado 28 de julio, no previsto en la LOTSJ ni en alguna otra que regule la jurisdicción contencioso electoral, denota la falta de independencia del Poder Judicial y la parcialización del TSJ a la hora de defender los intereses del partido de Gobierno”²⁸

En otro lugar, con razón, *Acceso a la Justicia* observó que:

“En lugar de abrir un proceso de certificación de las elecciones del 28 de julio, lo que ha debido hacer la SE es llamar al CNE a cumplir con su obligación constitucional y legal de publicar los resultados totales y detallados de los comicios y hacer las auditorías de ley en vez de usurpar sus funciones. Si la Sala Electoral hubiera procedido conforme a la Ley, así como el CNE, sería posible despejar las dudas en relación con lo ocurrido, y no trasladar esa responsabilidad a los excandidatos y representantes de los partidos políticos, siendo que no es su obligación legal.”²⁹

4. *Cuarta decisión de la Sala Electoral dando cuenta de las citaciones efectuadas (Sentencia No. 28 de 6 de agosto de 2024)*

La cuarta sentencia dictada por la Sala Electoral en el caso fue la sentencia No. 28 del 6 de agosto de 2024, igualmente secreta, porque no se publicó, y de la cual solo se conoció el aviso publicado en la página web del Tribunal Supremo, y consistió en lo siguiente:

Primero: en dejar constancia que conforme a la decisión del 5 de agosto de 2024, “todos los representantes de los partidos políticos así como los ciudadanos que fungieron como candidatos, se encuentran debida y formalmente citados” para “la consignación de todos los instrumentos electorales de relevancia jurídica que se encuentren en posesión de los partidos políticos y de los candidatos relacionados con el proceso de Elecciones Presidenciales celebrado el 28 de julio de 2024,” indicándose que debían, “cumplir con la referida orden judicial, y acudir a este Órgano Jurisdiccional, de acuerdo al cronograma publicado en esa misma fecha, el cual se ratifica” en esta decisión.

Segundo, en la ratificación por la Sala “que la falta de comparecencia ante esta Sala acarreará las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico vigente.”

5. *Quinta decisión de la Sala Electoral abocándose a un “proceso judicial de peritaje” que no existe (Sentencia No. 29 de 10 de agosto de 2024)*

La quinta sentencia dictada por la Sala Electoral en el caso, fue la sentencia No. 29 del 10 de agosto de 2024, igualmente secreta, porque tampoco se publicó, y de la cual solo se conoció el aviso publicado en la página web del Tribunal Supremo, y consistió, después de dar cuenta que durante los días 7, 8 y 9 de agosto de 2024 se habían efectuado las “audiencias orales de los representantes de los partidos políticos así

²⁸ Véase *Acceso a la Justicia*, -Sala Electoral inicia proceso de peritaje del material electoral y cita a excandidatos y representantes de partidos,- 5 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sala-electoral-inicia-proceso-de-peritaje-del-material-electoral-y-cita-a-excandidatos-y-representantes-de-partidos/>

²⁹ Véase *Acceso a la Justicia*, -Sala Electoral deja constancia de citación de excandidatos y representantes de organizaciones políticas,- 6 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sala-electoral-deja-constancia-de-citacion-de-excandidatos-y-representantes-de-organizaciones-politicas/>

como de los excandidatos,”³⁰ en la cual debían haber consignado “todos los instrumentos electorales que poseen y que fuesen de relevancia jurídica relacionados con el proceso de Elecciones Presidenciales celebrado el 28 de julio de 2024,” pasó a declarar lo siguiente:

Primero: Que los miembros del Consejo Nacional Electoral comparecieron “dando cumplimiento a cabalidad con el requerimiento formulado por esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, al consignar *oportunamente y en tiempo hábil todos los recaudos vinculados con el proceso electoral,*” pero que nadie supo cuáles fueron y sin indicar si las 30 Mil Actas de Escrutinio por Mesas Electorales se habían consignado.³¹

Segundo y Tercero: Que habían sido citados treinta y ocho (38) representantes de las organizaciones políticas y diez (10) excandidatos que participaron en los comicios presidenciales, para comparecer ante la Sala; habiendo acudido oportunamente las treinta y ocho (38) organizaciones políticas postulantes, consignando treinta y tres (33) de ellas el material electoral requerido; y solo nueve (9) de los candidatos presidenciales, de los cuales dos (Antonio Ecarri y Enrique Márquez) no consignaron material electoral.

Cuarto: Que se dejaba constancia que el excandidato Edmundo González Urrutia,

“no asistió y por tanto no cumplió con la orden de citación, desacatando con su inacción el mandato de esta, la más Alta Instancia de la Jurisdicción Contencioso Electoral de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, no cumplió con la consignación de las actas de escrutinios, el listado de testigos ni material electoral alguno.”

Debe insistirse en que el Sr. González y los demás citados, conforme al ordenamiento jurídico procesal del país, estaban obligados en forma alguna a comparecer ante la Sala ni estaban obligado a consignar ningún documento o recaudo. En este bizarro “proceso de peritaje” inventado por la Sala, ni en ningún otro proceso, puede hablarse de “mandamiento” de citación. Esa figura no existe, porque nadie tiene “obligación” de comparecer ante tribunal alguno y menos obligación de declarar nada ni de consignar nada, y en materia de citación, es simplemente un error judicial calificar la no comparecencia de un citado como supuesto “desacato,” pues esta figura solo se aplica en materia de amparo constitucional a quien desacate un mandamiento de amparo.

En todo caso, por lo que se refiere al Sr. Edmundo Gonzáles Urrutia, sobre el supuesto requerimiento de su comparecencia ante la Sala Electoral, fue enfático en justificar su no comparecencia en un mensaje a los venezolanos del día 2 de agosto de 2024, indicando lo siguiente:

“En defensa de la voluntad popular expresada de manera contundente el pasado 28 de julio y para evitar que esa voluntad sea desconocida, decidí no comparecer a la convocatoria efectuada ayer en la tarde para comparecer el día de hoy ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Existen razones jurídicas concluyentes respecto de la necesidad de salvaguardar las competencias constitucionales del CNE y de que ese órgano cumpla la obligación constitucional y legal de publicar las actas de escrutinio, la totalización y las auditorías.”³²

Posteriormente, en un mensaje a los Ciudadanos enviado el 7 de agosto expresó lo siguiente:

“Por los medios de comunicación se ha difundido una pretendida citación para que yo comparezca personalmente ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de consignar material electoral y responder preguntas.

³⁰ Como lo ha observado *Acceso a la Justicia*: -al referirse la Sala en su decisión a ‘audiencias orales’ deja aún más claro que no sigue el procedimiento legal, ya que tales audiencias no están previstas en la ley de la manera en que fueron hechas y en el momento en el que se llevaron a cabo. Tampoco, la Sala se refirió a las mismas cuando citó a las personas que debían comparecer, lo que denota aún más la inseguridad jurídica de quienes están acudiendo a ese proceso y su estado de indefensión.- En: -SE deja constancia de las audiencias orales realizadas y de la incomparecencia de Edmundo González.- 10 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-deja-constancia-de-las-audiencias-orales-realizadas-y-de-la-incomparecencia-de-edmundo-gonzalez/>

³¹ Como lo observó *Acceso a la Justicia*: -debe resaltarse que la Sala deja constancia en forma genérica de haber recibido -recaudos electorales-, sin especificar qué los constituyen. Esto evidencia una manifiesta indefensión cuando no explica los documentos que posteriormente señala serán objeto de un -peritaje- y serán también parte de lo que dará como probado.- En: -SE deja constancia de las audiencias orales realizadas y de la incomparecencia de Edmundo González.- 10 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-deja-constancia-de-las-audiencias-orales-realizadas-y-de-la-incomparecencia-de-edmundo-gonzalez/>

³² Véase Edmundo González U., Cuenta X, Disponible en <https://x.com/edmundogu/status/1819538505363505362?s=48&t=bAp-h-EngwIYI Vy9nCuahw>

Sin embargo, si llegare a acudir ante la Sala Electoral lo haría en situación de absoluta indefensión, porque el trámite adelantado por la Sala Electoral, tal como ha sido anunciado por los medios de comunicación, no se corresponde con ningún procedimiento legal contemplado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia u otra ley sobre la jurisdicción electoral.

Más aún, la Sala Electoral no puede usurpar las funciones constitucionales del Poder Electoral y “certificar” unos resultados que aún no han sido producidos de acuerdo con la Constitución y la ley, con acceso de los participantes a las actas originales que sirvan de fundamento a una totalización y proclamación y con las debidas auditorías. No puede la Sala Electoral incurrir en coadministración electoral con el CNE, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Es esencial resguardar el principio de separación o división de poderes y preservar las facultades y deberes constitucionales del CNE, evitando además la desfiguración de las atribuciones de la jurisdicción electoral.

Se me cita por los medios de comunicación a una comparecencia, pero ¿En qué tipo de procedimiento se pretende que intervenga? ¿Dónde está prevista una audiencia o trámite inquisitorio ante la Sala Electoral para certificar resultados y para determinar preliminarmente la existencia de supuestas responsabilidades penales? ¿Por qué se desconocen las facultades inquisitorias del CNE, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional son exclusivas? ¿Qué alcance pretende tener el interrogatorio al cual quieren someterme?

El ciudadano Nicolás Maduro Moros, quien ha interpuesto un supuesto recurso ante la Sala Electoral, ha dicho públicamente, en fecha 2 de agosto de 2024, que si no comparezco incurriré en responsabilidades legales, y que, si comparezco y consigno copias de actas de escrutinio, también habrá graves responsabilidades penales. ¿Es ese un procedimiento imparcial y respetuoso del debido proceso? ¿Estoy ya condenado por anticipado?

En síntesis, si acudo a la Sala Electoral en estas condiciones estaré en absoluta vulnerabilidad por indefensión y violación del debido proceso, y pondré en riesgo no solo mi libertad sino, lo que es más importante, la voluntad del pueblo venezolano expresada el 28 de julio de 2024 y el gigantesco esfuerzo de los venezolanos y venezolanas que han participado en este proceso para que obtuviéramos evidencias del voto válidamente ejercido por la ciudadanía.”³³

Y *Quinto*: La Sala Electoral dejó constancia categóricamente.

“que los ciudadanos Manuel Rosales, representante de Un Nuevo Tiempo (UNT), José Luis Cartaya, representante de la Mesa de la Unidad Democrática (MUD) y José Simón Calzadilla, representante de Movimiento por Venezuela (MPV), todos miembros de la Alianza Plataforma Unitaria Democrática y postulantes del ex candidato Edmundo González Urrutia; *no consignaron material electoral alguno*, argumentando que no poseen ningún tipo de documentación referida a este proceso electoral, en tal sentido, manifestaron que no tienen actas de escrutinio de los testigos de las mesas, ni listados de testigos, aduciendo además que no participaron en el proceso de traslado y resguardo de material alguno. Igualmente, señalaron que la organización SUMATE es parte del equipo asesor técnico de la Alianza Plataforma Unitaria Democrática, y a su vez desconocieron quien o quienes realizaron la carga de la información de las presuntas actas de escrutinio en la página web www.resultadospresidencialesvenezuela2024.com, la cual está siendo objeto de investigación de oficio por parte del Fiscal General de la República Dr. Tarek William Saab, quien ordenó”...abrir una investigación de carácter penal para determinar las responsabilidades del caso, ante la zozobra causada en la población por la presunta comisión de los delitos de usurpación de funciones, forjamiento de documento público, instigación a la desobediencia de las leyes, delitos informáticos, asociación para delinquir y conspiración...”

Al contrario de lo que se sugiere en esta “decisión” de la sentencia que pone en duda el derecho de quienes tenían copias de las actas de publicarlas como estimasen, y entre otros lugares en el portal www.resultadospresidencialesvenezuela2024.com y en otros portales de internet, las mismas constituyen copias ultra publicitadas de la prueba auténtica de las votaciones, siendo su existencia, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de Justicia en todas sus Salas, hechos públicos notorios y comunicacionales, que no requieren prueba pues están allí probados.³⁴

³³ Véase Edmundo González U., Cuenta X, Disponible en: <https://x.com/edmundogu/status/1821149149120569366?s=48&t=bAp-h-EngwIYI V9nCuahw>

³⁴ Por ello, por ejemplo, Luis Lander del Observatorio Electoral Venezolano al explicar que usualmente en sus misiones de observación electoral, verificaban si las actas que logran recoger -coincidían o no con la información que suministraba el CNE y podíamos hacerlo porque en la página del CNE los detalles de cada una de esas actas estaban allí recogidos, -agregando que, sin embargo, respecto de la elección del 28 de julio, en esta oportunidad, -claramente no podemos

Son documentos públicos administrativos, cuya existencia fue ultra publicitada, por lo que, como lo ha dicho *Acceso a la Justicia*, la Sala con su decisión, no solo “parece no reconocer las actas que están en la página web denominada *resultados presidencialesvenezuela2024.com*” (que no son “de la oposición” sino del sistema electoral del Consejo Nacional Electoral), sino que al indicar que dicha página “está siendo objeto de investigación de oficio por parte del Fiscal General quien ordenó,” con ello “la Sala adelanta opinión y no toma en cuenta esas actas ni se ocupa de revisarlas, sino que precalifica su existencia como un presunto delito.”³⁵

En consecuencia, la sentencia de la Sala concluyó afirmando que “habiendo sido recolectados los instrumentos electorales de los distintos factores participantes en el proceso de Elecciones Presidenciales celebrado el 28 de julio de 2024,” sin indicar con exactitud de qué “instrumentos” se trataba, entonces los Magistrados de la Sala Electoral decidieron que:

“se abocan al *peritaje* de todo el material electoral de valor probatorio consignado en físico y/o digital, así como también al *peritaje* sobre el ataque cibernético masivo del que fue objeto el sistema electoral venezolano, para lo cual esta Sala contará con un personal altamente calificado e idóneo que hará uso de los más altos estándares técnicos, garantizando así esta Máxima Instancia Judicial a todos los ciudadanos y ciudadanas que resolveremos soberanamente los conflictos que competen de manera exclusiva al Estado venezolano.”

Como antes se dijo, el “peritaje,” como “proceso judicial,” no existe en el ordenamiento jurídico y tan es así, que la Sala Electoral lo ha confesado, al fundamentar sus decisiones en los artículos 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los artículos 7, 12 y 14 del Código de Procedimiento Civil.³⁶ El artículo 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo es una repetición / transcripción del artículo 257 de la Constitución que se limita a declarar que:

“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.”

Esa declaración de principio sobre lo que es el proceso judicial, no puede racionalmente utilizarse como fuente de competencia de ningún juez para “inventar” procesos, y los principios que allí se definen se deben aplicar en todos los procesos que establezca la Constitución y la Ley expresamente.

Por lo demás, fundamentarse también para “inventar” un inexistente proceso de peritaje, en los artículos 7, 12 y 14 del Código de Procedimiento Civil,³⁷ es ignorar que los principios que en los mismos se declaran se aplican a todos los procesos o causas que la Ley establezca y cuando han sido regulados

verificarlas y contrastarlas con las actas del CNE porque el CNE no las ha publicado. Sin embargo, sí lo hemos hecho con las actas publicadas por la Plataforma Unitaria y sí nos produce coincidencia absoluta con esas actas que nosotros escogimos.- Véase en -Observatorio Electoral Venezolano: El Tribunal Supremo de Justicia no puede usurpar las funciones,- en *El Nacional*, 20 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/observatorio-electoral-venezolano-el-tribunal-supremo-de-justicia-no-puede-usurpar-las-funciones-del-cne/>

³⁵ Véase *Acceso a la Justicia*: -SE deja constancia de las audiencias orales realizadas y de la incomparecencia de Edmundo González,- 10 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-deja-constancia-de-las-audiencias-orales-realizadas-y-de-la-incomparecencia-de-edmundo-gonzalez/>

³⁶ Véase, por ejemplo, lo expuesto por la Presidenta de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en una de sus declaraciones sobre el supuesto -proceso- o -causa- en: -TSJ inició peritaje técnico a material electoral en Venezuela,- en *Prensa Latina*, 15 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.prensa-latina.cu/2024/08/15/tsj-inicio-peritaje-tecnico-a-material-electoral-en-venezuela/>

³⁷ El artículo 7 del Código establece: -Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.- El artículo 12 dispone: -12° Los jueces tendrán por parte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados, El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia [...]; y el artículo 14 indica: -Artículo 14° El Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el Juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados.-

expresamente en la misma, atribuyendo competencias específicas a determinados jueces; y no puede juez alguno “usar” o abusar de esas normas para “inventar” un proceso judicial que no existe porque no está regulado en ley alguna, como es el mencionado “proceso de peritaje” que desarrolló la Sala Electoral.³⁸

En realidad, debe quedar claro que lo que existe en el Código de Procedimiento Civil es la experticia como medio de prueba en una causa o proceso determinado entre partes, siendo el “peritaje judicial” una experticia que debe realizarse a cargo de profesionales especializados (“que por su profesión, industria o arte tengan conocimientos prácticos sobre la materia,” art. 453 CPC),³⁹ que solo puede versar sobre los puntos de hecho, y que puede ser acordada y evacuada en un proceso judicial que necesariamente debe desarrollarse entre partes, sea acordada de oficio por el juez o a petición de una de las partes, en cuyo caso la parte debe indicar “con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse” (art. 451 CPC). No se entiende entonces cómo la Sala Constitucional se pudo “abocar” a un peritaje tanto sobre el “material electoral” como sobre el supuesto “el ataque cibernético masivo del cual fue objeto el sistema electoral,” es decir, sobre dos hechos de cuya existencia se daba como cierta. Sobre el primer hecho, no hay duda de que existía un “material electoral,” pero sobre el segundo hecho, no estaba probado que hubiera existido un “ataque cibernético masivo” contra el sistema electoral, por lo que la Sala Electoral, con esa afirmación, además, de haber manifestado de nuevo opinión sobre lo principal de la “solicitud,” dando por cierto, con esta decisión, el hecho de la ocurrencia de dicho ataque, sacando elementos de convicción antes de que hubiera habido prueba alguna, lo que obligaba a los magistrados de la Sala a inhibirse del conocimiento de este asunto (arts. 82.15 y 84 CPC).⁴⁰

Concluyó luego la Sala su Sentencia del 10 de agosto declarando que continuaba “con el *peritaje* iniciado el 5 de agosto de 2024, a los fines de producir la *sentencia definitiva* que dé respuesta al presente recurso,” anunciando amenazantemente que la misma “tendrá carácter de cosa juzgada, por ser este órgano jurisdiccional la máxima instancia judicial en materia electoral, por lo que sus decisiones son inapelables y de obligatorio acatamiento,” pero ignorando que siempre puede ser objeto de revisión constitucional por parte de la Sala Constitucional.

³⁸ Como lo precisó el Bloque Constitucional de Venezuela. Capítulo España, en las motivaciones de un Comunicado que ha emitido el 20 de agosto de 2024: -la Constitución Nacional prevé claramente en el artículo 49 que todo procedimiento debe estar previamente previsto en la ley y que el recurso inventado por Maduro y el irrito procedimiento avalado por la Sala Electoral no tiene asidero legal, está plagado de vicios y violaciones del debido proceso constitucional, a la igualdad de las partes, al derecho de defensa, al acceso de los elementos de prueba y alegaciones, al derecho de contradicción y prueba, y a la actuación imparcial del juez.- De manera que-las decisiones tomadas por la Sala Electoral exceden de las facultades que el constituyente le asignó y al mismo tiempo ha usurpado las asignadas por el texto constitucional al Poder Electoral, pues ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Poder Electoral, ni en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, ni en su Reglamento, ni en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, existe una figura procesal que tenga como objeto la investigación y verificación para certificar de manera irrestricta los resultados de un proceso electoral.- El Bloque concluyó indicando que -la Sala Electoral ha usurpado las facultades de organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos que corresponden al Poder Electoral conforme al numeral 5 del artículo 293 constitucional.- Véase -Juristas aseguran que el Supremo al servicio del régimen carece de atribuciones sobre comicios,- *Diario Las Américas*, 20 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/juristas-aseguran-que-el-supremo-al-servicio-del-regimen-carece-atribuciones-comicios-n5362162>

³⁹ Sobre esto, Acceso a la Justicia ha destacado que -ese mismo material denominado -recaudos electorales- será examinado por un personal altamente calificado e idóneo. Para Acceso a la Justicia carece de toda garantía que la prueba sea controlada por quienes han estado involucrados en ese proceso llevado adelante por la Sala sin seguir lo establecido en la LOTSJ.- En: -SE deja constancia de las audiencias orales realizadas y de la incomparecencia de Edmundo González,- 10 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-deja-constancia-de-las-audiencias-orales-realizadas-y-de-la-incomparecencia-de-edmundo-gonzalez/>

⁴⁰ Como lo destacaron los profesores de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela, en la sentencia la Sala hace: -suya la tesis de existencia de un -ataque cibernético masivo-, dando por probado en forma adelantada lo que supuestamente debe ser objeto de prueba mediante el -peritaje- que acuerda. Lo que demuestra no solo la inconsistencia jurídica sino lo falaz del ejercicio lógico-argumentativo contenido en la sentencia, ante la evidente *petitio principii*.- Disponible en: <https://efectocuyo.com/politica/catedra-de-derecho-constitucional-de-la-ucv-sala-electoral-usurpa-funciones-del-cne/>

6. *Sexta decisión de la Sala Electoral informando que se realizó el peritaje ordenado (Sentencia No. 30 de 15 de agosto de 2024)*

La sexta sentencia dictada por la Sala Electoral en el caso fue la sentencia No. 30 del 15 de agosto de 2024, igualmente secreta, porque no se publicó, y de la cual solo se conoció el aviso publicado en el portal del Tribunal Supremo, mediante el cual se informó:

Primero: Que se procedió a realizar “presencialmente” por la Sala Electoral “la supervisión y control del proceso de *peritaje* del material que se encuentra a disposición de esta Instancia Judicial y en custodia del Consejo Nacional Electoral, consignado por el CNE, las organizaciones políticas y los excandidatos participantes,” conforme a lo ordenado en la sentencia No. 29 de 10 de agosto de 2024, sin indicarse cuál era ese material; y que:

“dicho peritaje se encuentra en proceso de ejecución por un grupo de expertos en materia electoral con los más altos estándares técnicos y científicos nacionales e internacionales, garantizando el máximo nivel de excelencia técnico jurídico, el cual se hará de manera directa, personal y diariamente, durante todo el proceso.”

Segundo: que “durante el desarrollo del peritaje que están realizando los profesionales expertos en la materia, esta Sala Electoral, conforme a los artículos 7, 12 y 14 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al presente caso por remisión expresa del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en uso de sus más amplias facultades de investigación, en la búsqueda de la verdad y la justicia.”

Tercero: que “culminado este proceso de peritaje en el tiempo perentorio establecido previamente por esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, con estos hechos objetivos, comprobados y certificados; se emitirá sentencia definitiva sobre este recurso contencioso electoral.”

Se observa, como lo destacó *Acceso a la Justicia*, que la Sala Electoral no informó cómo fueron designados los “peritos” que calificó de “expertos en materia electoral” con los “más altos estándares técnicos y científicos nacionales e internacionales,” ni los identificó en forma alguna, en violación de las normas más elementales de control de la prueba establecidas en el Código de Procedimiento Civil, siendo totalmente improcedente tratar de justificar en los artículos 7, 12 y 14 de dicho Código el “proceso de arbitraje” inventado en este caso, ya que dichas normas no son atributivas de competencias judiciales, sino normas generales de conducta que rigen para todos los procesos.⁴¹

Sobre este supuesto o “llamado peritaje,” como lo observó el profesor José Ignacio Hernández, el mismo “es nulo,” porque:

“El supuesto peritaje practicado por la Sala Electoral viola todas las garantías procesales de la prueba de experticia, definidas en el Código de Procedimiento Civil (CPC).

Así, se desconoce la identidad de los supuestos expertos, con lo cual, éstos tampoco prestaron juramento en acto público, todo lo cual violó los artículos 453, 455, 458 y 459 del CPC. En especial, el anonimato de los expertos violó el derecho al control y contradicción de los medios de prueba, y, por ende, violó el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 49 constitucional, al no ser posible comprobar la idoneidad e imparcialidad de los supuestos expertos.

La propia conducción de la experticia reflejó la violación de todas las normas procesales de la prueba de experticia, pues no se trató de un acto procesal público con intervención de las partes.

Con lo cual, y según el citado artículo 49 constitucional, el “peritaje” practicado por la Sala es una prueba nula, por violar el debido proceso. Y las pruebas nulas no tienen efecto jurídico alguno.”⁴²

7. *La recusación de la Presidenta de la Sala Electoral y su desprecio procesal*

El día 20 de agosto de 2024, días después de dictada la sexta sentencia en el caso, uno de los citados por la Sala Electoral en el bizarro “proceso de peritaje,” que se desarrolló, el excandidato presidencial Sr. Enrique Márquez, quien en el pasado había sido rector del Consejo Nacional Electoral, presentó ante el Tribunal Supremo de Justicia una recusación contra la presidenta del Tribunal, Presidenta además de la Sala Electoral, Sra. Caryslia Rodríguez, basada:

⁴¹ Véase *Acceso a la Justicia*, -Se deja constancia del inicio del peritaje a todo el material electoral consignado,- 15 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/se-deja-constancia-del-inicio-del-peritaje-a-todo-el-material-electoral-consignado/>

⁴² Véase José Ignacio Hernández, -La Sala Electoral verificó los resultados de las presidenciales ¿Y ahora qué? «Sin respaldo en actas electorales transparentes, públicas y verificables, la proclamación no surte efecto jurídico alguno»,- en *La Gran Aldea*, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://lga.lagranaldea.com/2024/08/23/la-sala-electoral-verifico-los-resultados-de-las-presidenciales-y-ahora-que/>

“principalmente -aunque no solamente- en la manifiesta vinculación política que ha mantenido y que mantiene con el (gobernante Partido Socialista Unido de Venezuela) PSUV y con el presidente Nicolás Maduro.”

Consideró Márquez, que la recusada “está incurso en causales suficientes de vinculación política y de falta de imparcialidad,” mencionando su vinculación pública con el Partido Socialista Unido de Venezuela, del cual llegó a ser concejal. Márquez también consideró que la Sra. Rodríguez “debe ser recusada” debido al “mal manejo de este proceso” y la “falta de idoneidad para desarrollar” el peritaje, cuyo expediente, reiteró, sigue sin conocerse, concluyendo con la afirmación de que: “No conocemos el proceso que se está llevando, la Sala (Electoral) ha inventado un procedimiento que no conocemos (...) esto le hace un muy flaco favor a la democracia, la transparencia y la confiabilidad.”⁴³

Esta recusación, implicaba, conforme al artículo 93 del Código de Procedimiento Civil que debía abrirse necesariamente una incidencia, que la Sra. Rodríguez debía separarse de inmediato del conocimiento del supuesto “proceso de peritaje,” y que conforme al artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, debía extender su informe a continuación de la diligencia de recusación, inmediatamente o el día siguiente. De la incidencia de recusación que debía abrirse, conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ya que la recusada era la Presidenta de la Sala Electoral, debió haber conocido el Primer Vicepresidente de la Sala. Y para decidir la incidencia, conforme a los artículos 90 y 96 del Código de Procedimiento Civil, el VicePresidente debía oír dentro de un plazo de 3 días siguientes a la recusación, las observaciones que quisieran formular, en este caso, la “parte”, y si ésta lo pidiera, debía abrir una articulación probatoria por 8 días y decidirá dentro de los 3 días siguientes.

El Código de Procedimiento Civil en esta materia, en todo caso, fue completamente ignorado: el Sr. Márquez no supo de la apertura de incidencia alguna para resolver sobre la recusación, en desprecio de lo que había solicitado, y la Sra. Presidenta de la Sala Electoral, recusada, no solo no se separó inmediatamente del conocimiento del conocimiento del “proceso” sino que, al contrario, continuó y hasta leyó y firmó la sentencia No 32 dictada con fecha 22 de agosto, que puso fin al “proceso de peritaje.”

Días después, sin embargo, precisamente el día 24 de agosto de 2024,⁴⁴ apareció un aviso en la página web del Tribunal Supremo, anunciando una sentencia No. 001, con fecha del día siguiente (25 de agosto), lo cual fue luego cambiado al No. 30 y con fecha anterior de 21 de agosto, en el cual, sin motivación alguna, y sin indicación en cuál norma legal se basó, se decidió declarar inadmisibles la recusación “por extemporánea.”⁴⁵

En el caso de las recusaciones de magistrados, el artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo dispone que la recusación “podrá tener lugar hasta cuando venzan los lapsos de sustanciación, si es el caso, o dentro de los tres días siguientes al momento en que se produzca la causa que las motiva.” Como la recusación se basó en el alegato de la imparcialidad de la recusada por ser militante del partido oficial, se tenía que aplicar el primer supuesto, de manera que habiéndose formulado la recusación el día 20 de agosto en el curso del “proceso de peritaje,” que era la fase de sustanciación del procedimiento, no podía considerarse extemporánea la recusación.

⁴³ Véase -Opositor Márquez recusa a magistrada que lidera revisión judicial de comicios venezolanos,- en *Swissinfo.ch*, 20 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/opositor-márquez-recusa-a-magistrada-que-lidera-revisión-judicial-de-comicios-venezola-nos/87299002>; y en -Enrique Márquez presentó solicitud de recusación contra la presidenta de la Sala Electoral del TSJ por sus vínculos políticos con el PSUV,- en *Morfema Press*, 20 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/enrique-marquez-presento-solicitud-de-recusacion-contra-la-presidenta-de-la-sala-elec-toral-del-tsj-por-sus-vinculos-politicos-con-el-psuv/>. Véase igualmente en: <https://x.com/enrique-marquezp/status/1825944673002664258?s=48>

⁴⁴ Véase la información en: -TSJ rechazó recusación de Enrique Márquez contra la magistrada Carlyslia Rodríguez,- en *Morfema Press*, 25 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/tsj-rechazo-recusacion-de-enrique-marquez-contra-la-magistrada-carlyslia-rodriguez/>

⁴⁵ Sobre ello, *Acceso a la Justicia* observó que: -No fue sino 2 días después y durante el fin de semana que el TSJ publicó en su página web la decisión sobre la recusación (sentencia AVP-001), en la que la magistrada Fanny Márquez Cordero declara inadmisibles por extemporánea la recusación de Enrique Márquez, aunque sin ofrecer mayor explicación. Llama la atención que esta decisión está fechada el 21 de agosto, es decir, un día antes de la sentencia definitiva, pero apareció después. El propio Enrique Márquez se pronunció sobre la sentencia al día siguiente de su emisión en un video y afirmó que la Sala no había dado respuesta a su solicitud de recusación de la presidenta de la Sala Electoral.- Véase *Acceso a la Justicia*, -8 anomalías del proceso ante el TSJ y su decisión definitiva sobre los resultados de las presidenciales del 28J,- 27 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/8-anomalias-proceso-tsj-decision-definitiva-resultados-presidenciales-28j/>

En este caso, del extraño “juicio de peritaje” además, como no hubo ni podía haber “contestación de la demanda,” no se podía aplicar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que establece que la recusación “solo podrá intentarse, bajo pena de caducidad, antes de la contestación de la demanda.”⁴⁶

VI. LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL BIZARRO “PROCESO DE PERITAJE”

El extraño “proceso de peritaje,” en todo caso, concluyó el día 22 de agosto, cuando la Sala Electoral anunció que emitiría sentencia en el “juicio” que había inventado, para supuestamente verificar los resultados de la elección del 28 de julio, fijando en principio para las 10 de la mañana para que tuviera lugar el acto respectivo.

Antes, sin embargo, ese mismo día, la *Misión de Determinación de Hechos sobre Venezuela de la ONU*, alertó sobre la falta de independencia e imparcialidad tanto del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela requerido para auditar los resultados electorales y del Consejo Nacional Electoral, expresando además que habían “desempeñado un papel dentro de la maquinaria represiva del Estado.”⁴⁷

Con estos preludios, después de la hora fijada, la Presidenta de la Sala Electoral leyó solo la resolutive de la sentencia No. 32, sin expresión de motivación alguna, como había ocurrido con todas las anteriores sentencias dictadas en el caso, y cuyo texto por tanto ha permanecido secreto; sentencia dictada luego de que supuestamente se había efectuado un “peritaje” desarrollado por “expertos” designados también secretamente, cuya identidad y calificación se desconoció, y que actuaron enmascarados como si se tratase más bien de un acto de exhumación.⁴⁸

Todo ello significó, en la práctica, que a pesar de que el proceso judicial se había declarado de “orden público y de trascendencia nacional” en la sentencia No. 27 de 7 de agosto, en el mismo se dictó y publicó una sentencia final sin motivación (lo que de acuerdo con las más elementales normas procesales la hace nula⁴⁹), pues como se dijo solo se leyó la parte dispositiva, que fue lo que se publicó en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

⁴⁶ Ignoró además la Sala Electoral que la Sala Constitucional interpretó en forma vinculante el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, al admitir que a pesar de que se formule la recusación planteada con posterioridad al acto preclusivo, -el juez -debió darle trámite a la recusación a los fines de preservar los derechos a la defensa, al debido proceso, a la tutela efectiva y a la garantía de ser juzgado por juez idóneo e imparcial-. Véase sentencia de la Sala Constitucional No. 962 de 23 de noviembre de 2024.

⁴⁷ Disponible en: <https://bitlyanews.com/nacionales/consejo-de-ddhh-de-la-onu-reafirma-la-falta-de-independencia-del-tsj-para-resolver-con-troversia-electoral/> Véase

⁴⁸ Como lo observó *Acceso a la Justicia*: -La debilidad probatoria del peritaje es otro elemento que salta a la vista, pues la Sala Electoral nunca explicó cómo fueron nombrados los peritos ni los criterios utilizados para su selección, y aun así los calificó como «expertos en materia electoral». Tampoco indicó cuáles fueron los «más altos estándares técnicos y científicos nacionales e internacionales» que sirvieron para garantizar el control de la prueba, además de la imparcialidad y transparencia del desarrollo de esta actuación. Finalmente, esta experticia no fue validada por los excandidatos, ya que los mismos ni siquiera tuvieron acceso al expediente, lo que la propia Sala reconoce en su auto del 10 de agosto, en el que queda claro que el peritaje no fue supervisado por nadie más que ella misma. Véase *Acceso a la Justicia*, -8 anomalías del proceso ante el TSJ y su decisión definitiva sobre los resultados de las presidenciales del 28J,- 27 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/8-anomalias-proceso-tsj-decision-definitiva-resultados-presidenciales-28j/> Sobre el proceso de peritaje seguido por la Sala Electoral, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, además, agregó que fue -realizado en condiciones de opacidad y sin las debidas garantías de imparcialidad y control por las partes interesadas, no se ajusta a las normas procesales que rigen este tipo de pruebas. La designación de peritos sin transparencia, la falta de acceso de las partes al material examinado, y la ausencia de oportunidad para impugnar o cuestionar los hallazgos del peritaje, constituyen graves violaciones al debido proceso.- -Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia referente a las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024,- de fecha 26 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.acienpol.org/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamento-sentencia-Sala-Electoral-TSJ.pdf>.

⁴⁹ El artículo 243 exige que toda sentencia contenga -los motivos de hecho y de derecho de la decisión,- y el art. 244 dispone que -será nula la sentencia por faltar,- entre otras, por faltar los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Sobre ello, el profesor Freddy Gutiérrez observó, con razón, que -El Tribunal Supremo no presentó argumentos documentales que justifiquen los resultados que profirió el Consejo Electoral, y que dieron lugar a un curioso acto de proclamación presidencial. No invocó ningún fundamento jurídico que diera lugar a una extraña decisión. No desagregó ningún elemento pericial por mesas, centros o estados que sustentaran los números absolutos y relativos que divulgó sin ninguna base el poder electoral. La ausencia de motivación hace inexistente la sentencia y, en consecuencia, inaceptable e imposible de acatar, por lo que es inejecutable.- Véase Freddy Gutiérrez Trejo, -Las Togas del Oprobio,- en *Puntode Cuenta*, 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://puntodecorte.org/freddy-gutierrez-trejo-las-togas-del-oprobio/>

En dicha sentencia No. 32 de 12 de agosto de 2024, se “decidió” sin que se supiera con base en qué, lo siguiente:

Primero: La declaración de la Sala sobre su propia competencia, considerando que “fue interpuesto un recurso contencioso electoral,” para iniciar “un proceso judicial de investigación y verificación, para certificar de manera irrestricta e inequívoca, los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024.”

La Sala consideró que de ello se desprendió:

“la vinculación directa de esta acción con tal proceso comicial, en congruencia con el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el numeral 1 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le atribuye a este órgano, control judicial de las actuaciones u omisiones de los agentes que intervinieron en el referido hecho electoral.”

A pesar de que a lo largo de todo el “proceso” secreto, de las escasas informaciones públicas del mismo resultó evidente que no se había intentado, conforme al mencionado art. 27.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, demanda alguna contra actos, actuaciones u omisiones del Consejo Nacional Electoral, la Sala hizo mención a una supuesta “*solicitud de tutela judicial sobre el derecho al sufragio de todas las electoras y electores de la República*,” lo que sin embargo no fue mencionado por el Presidente de la República como recurrente en las informaciones públicas que dio, no habiendo nunca indicado que actuaba en representación de ningún interés o derecho colectivo o difuso, sino solo en representación propia como Presidente de la República y representando al Polo Patriótico y al Partido Socialista Unido de Venezuela.

La Sala Electoral, sin embargo, al parecer “interpretó” sin base conocida alguna, que el recurrente habría actuado:

“en salvaguarda de la soberanía popular, puesto que se pidió verificar cuál ha sido la voluntad del electorado, en los comicios de mayor trascendencia nacional, como son los de la Presidencia de la República; en los cuales se evidenció un ataque cibernético masivo contra el Sistema Electoral, lo que resultó en una evidente transgresión al Poder Electoral.”

Todo ello, sin embargo, no cuadraba en el concepto de “recurso contencioso electoral” que es solo aquél en el cual se demanda contra los actos, las actuaciones o las omisiones de los órganos electorales, y no contra supuestos “ataques” contra los mismos.

Por lo demás, no resultaba procedente invocar como supuestos precedentes en el derecho comparado para justificar su propia competencia, jurisprudencia extranjera como las que citó la sentencia de la Sala Electoral en relación con sentencias dictadas en por la Corte Suprema de México (2024), el Tribunal Federal de Brasil (2022) y la Corte Suprema de los Estados Unidos (2000). En todos esos casos, las sentencias se dictaron en procesos en los cuales se impugnaron elecciones y donde además, en ninguno de dichos países existe un “Poder Electoral,” como parte formal de la separación constitucional de Poderes, que, como es el caso de Venezuela, atribuye en forma exclusiva al Consejo Nacional Electoral toda la competencia para resolver sobre las elecciones, salvo que las mismas se impugnen, por ejemplo por nulidad, lo que no fue el caso de la solicitud formulada por el Presidente de la República.⁵⁰

⁵⁰ Por ejemplo, José Ignacio Hernández, al comentar sobre los precedentes citados en la sentencia expresó- La Sala, en el extracto de la decisión, quiso justificar su decisión en casos comparados, como, por ejemplo, el caso *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos. Pero ese caso, más bien, sirve para evidenciar la falta de fundamentos jurídicos de lo actuado por la Sala. Así, el caso *Bush vs. Gore* fue un juicio real, en el que la Corte Suprema ejerció su jurisdicción para conocer del recurso conocido como *writ of certiorari*, en el marco de un litigio genuino ante las cortes de Florida. Hubo verdaderos argumentos y pruebas, así como verdaderas audiencias, con abogados que expusieron argumentos jurídicos. Lo más importante: se garantizó el acceso a las partes al expediente. Este caso es tan verdadero, que cualquier pueda revisar las actuaciones procesales, incluyendo, por supuesto, la sentencia dictada por la Corte. Lo que hizo la Sala Electoral, por el contrario, no podría ser calificado, si quiera, de juicio. Así, la Sala conoció de un recurso cuyo contenido se desconoce. Sustanció un proceso sin argumentos legales ni pruebas, con audiencias violaron las normas procesales de la citación. Finalmente, se condujo un supuesto peritaje que, en realidad, violó las normas procesales de la experticia, a tal punto que toda esa supuesta prueba debido en nula, por violación del debido proceso, como explico más adelante. Tampoco se han publicado ninguna de las sentencias, al punto que estas notas las escribo solo con base en el extracto de la supuesta decisión dictada.- Véase José Ignacio Hernández, -La Sala Electoral verificó los resultados de las presidenciales ¿Y ahora qué? «Sin respaldo en actas electorales transparentes, públicas y verificables, la proclamación no surte efecto jurídico alguno»,- en *La Gran Aldea*, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://lga.lagranaldea.com/2024/08/23/la-sala-electoral-verifico-los-resultados-de-las-presidenciales-ahora-que/> Véase, además, sobre los -precedentes- citados por la Sala, los otros comentarios de José Ignacio

Segundo: La declaración informativa y reiterativa sobre quienes habían comparecido a la convocatoria que había hecho la Sala, indicando que el 5 de agosto comparecieron los Rectores del Consejo Nacional Electoral, “excepto el Rector Juan Carlos Delpino, quien no acudió ante éste, el más Alto Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela y no justificó su ausencia;”⁵¹ que los días 7, 8 y 9 de agosto de 2024, “acudieron oportunamente los treinta y ocho (38) partidos políticos postulantes, y de esos treinta y ocho (38), sólo consignaron treinta y tres (33) de ellos el material electoral requerido;” que en dichas fechas, “de los diez (10) excandidatos citados, acudieron nueve (9) de ellos indicándose que los excandidatos Antonio Ecarri y Enrique Márquez no consignaron el material solicitado.

Tercero: La declaración informativa de que

“el excandidato Edmundo González Urrutia, *no asistió* a ninguna de las fases de éste proceso al cual fue citado, y por tanto *no cumplió* con la orden de ésta, la más Alta Instancia de la Jurisdicción Contencioso Electoral de la República Bolivariana de Venezuela, ni con la consignación de las actas de escrutinios, el listado de testigos, ni material electoral alguno; en consecuencia *desacató* el mandato, en franco irrespeto a la autoridad judicial, demostrando su renuencia a ceñirse al orden constitucional, conducta que acarrea las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico vigente.”

La Sala Electoral debía saber que nadie está obligado a comparecer ante los tribunales de justicia, y que el desacato como figura procesal con consecuencias sancionatorias, solo está establecido en relación con los mandamientos de amparo.⁵²

La Sala Electoral también informó en su sentencia que los representantes de los partidos miembros de la Alianza Plataforma Unitaria Democrática “no consignaron material electoral alguno,” esgrimiendo diversos argumentos.

Cuarto: La referencia al “informe definitivo presentado el 20 de agosto de 2024, por los expertos nacionales e internacionales,” cuyo contenido nunca se conoció, y nadie supo nunca quienes fueron los expertos, ni cómo fueron designados. Lo único que se supo de ellos es que si existieron se los vio en video actuando enmascarados para esconder su identidad. La Sala consideró dicho Informe, sin embargo, como:

“plena prueba en el “proceso contencioso electoral, referido al *peritaje* exhaustivo y detallado en profundidad, de todo el material consignado por el Consejo Nacional Electoral y los partidos políticos, en físico y/o digital, relacionado con el proceso de elección presidencial celebrado el 28 de julio de 2024.”

El Informe y peritaje, fue “ejecutado” según se afirmó en la sentencia “conforme a los más altos estándares técnicos nacionales e internacionales,” sin indicarse nada sobre ellos.

Y luego la Sala pasó a declarar que

“una vez examinado el material recolectado, dicho informe determinó textualmente que: “...Con base en los resultados obtenidos en el proceso de peritaje podemos concluir, *que los boletines emitidos por el Consejo Nacional Electoral respecto a la Elección Presidencial 2024, están respaldados por las actas de escrutinios emitidas por cada una de las máquinas de votación desplegadas en el proceso electoral* y así mismo estas actas mantienen plena coincidencia con los registros de las bases de datos de los Centros Nacionales de Totalización”.

Hernández, en -La decisión de la Sala Electoral que verificó los resultados de las presidenciales: un acto ineficaz,- en *Academia.edu*, 27 de agosto de 2024, disponible en: https://www.academia.edu/123267598/La_decision_de_la_Sala_Electoral_que_verifico_los_resultados_de_las_presidenciales

⁵¹ Semanas después se supo que el Rector Delpino había salido del país.

⁵² Sobre esto, el profesor José Ignacio Hernández expresó, con razón que: -La Sala Electoral quiere convertir la citación es un acto de comparecencia forzoso, lo que viola principios procesales básicos. En realidad, la citación no genera deber de comparecencia, sino una carga procesal que puede o no ser cumplida. Con lo cual, y asumiendo que fue citado correctamente, González podía optar por no comparecer. Pero, además, González Urrutia no fue en realidad citado, pues solo se cita a las partes. Y González no puede ser la parte demandada, pues esa posición solo podía ocuparla el CNE. Con lo cual, y a todo evento, la supuesta citación de González no surte efecto alguno. De allí el error procesal de la Sala al afirmar que la falta de comparecencia a la supuesta citación es una suerte de desacato, lo que podría incluso ser usado -vanamente- para iniciar una acción criminal. Por ello, insistimos: la citación de González, incluso de haber sido practicada correctamente, no generó ningún deber, con lo cual, no hay ni puede haber desacato.- Véase José Ignacio Hernández, -La Sala Electoral verificó los resultados de las presidenciales ¿Y ahora qué? «Sin respaldo en actas electorales transparentes, públicas y verificables, la proclamación no surte efecto jurídico alguno»,- en *La Gran Aldea*, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://lga.lagranaldea.com/2024/08/23/la-sala-electoral-verifico-los-resultados-de-las-presidenciales-y-ahora-que/>

Lo extraño de lo que se afirmó en la sentencia sobre lo que dijo el supuesto Informe, el cual como se dijo, por supuesto, nadie conoció, porque igualmente fue secreto, es que si todo ese material electoral de Actas de Escrutinio emitidas por las Máquinas de votación y que supuestamente respaldaban los dos Boletines emitidos por el Consejo, existía efectivamente en el Consejo Nacional Electoral y por ello fue supuestamente consignado por dicho organismo ante la Sala, entonces ¿por qué el Consejo Nacional Electoral, al momento de emitir los Boletines, se abstuvo de acompañar las Actas de Totalización que tenían que haberse emitido como base para totalizar y adjudicar, con la indicación tabulada de todas esas actas de escrutinio, que fue lo que la comunidad nacional o internacional le solicitó que hiciera al Consejo Nacional Electoral? ¿Hubo entonces una “omisión” del Consejo Nacional Electoral?⁵³

En todo caso, meses después, el Consejo Nacional Electoral nunca publicó lo que la Sala Electoral afirmó que estaba en poder de dicho cuerpo y que sus peritos supuestamente verificaron.

Quinto: La decisión del juicio, solo con base en las “informaciones” anteriores, pero sin motivación alguna de carácter legal ni fáctica, consistente en lo siguiente:

1. La declaración “*con lugar* el presente recurso contencioso electoral, en base al *peritaje realizado y verificado de manera irrestricta e inequívoca*, y con fundamento en el *informe elaborado por los expertos electorales nacionales e internacionales*, altamente calificados e idóneos, quienes garantizaron el máximo nivel de excelencia técnico jurídico.”

2. La certificación “*de forma inobjetable* el material electoral peritado y *convalida categóricamente* los resultados de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, emitidos por el Consejo Nacional Electoral, donde resultó electo el ciudadano Nicolás Maduro Moros, como Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período Constitucional 2025-2031.”

Sobre ello, conforme lo expresó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “al haber emitido una sentencia que pretende certificar oficialmente los resultados electorales, la Sala Electoral ha incurrido en usurpación de funciones que, conforme al artículo 138 de la Constitución, conlleva a la nulidad de la sentencia.”⁵⁴

Sobre ello, igualmente, el profesor José Ignacio Hernández expresó que:

“La Sala supuestamente verificó los resultados electorales con base en los cuales el CNE proclamó a Maduro. Sin embargo, la Sala no tiene jurisdicción para verificar o certificar resultados, pues no es un órgano auditor.

La Sala Electoral solo tiene competencia para dirimir controversias sobre la validez de la actividad electoral, como ya vimos. Ninguna de estas facultades permite a la Sala Electoral “certificar” resultados electorales. Con lo cual, la supuesta verificación no produce efecto jurídico alguno.”⁵⁵

⁵³ Véase sobre estas irregularidades, las -preguntas peligrosas- que se formuló Luis Fuenmayor Toro: -¿Por qué si el gobierno ganó las elecciones como afirma, no presentó las actas totalizadas de los escrutinios dentro de las 48 horas siguientes a la finalización del proceso, tal y como lo ordena la normativa vigente? ¿Cómo es posible que el Presidente del Consejo Nacional Electoral Elvis Amoroso presente como primer boletín electoral, una información apresuradamente elaborada, sin las formalidades del caso y contentiva sólo de los resultados del 80 por ciento de las actas escrutadas? ¿Cómo es posible que ese primer boletín considere como irreversible la diferencia de votos entre los dos candidatos más votados, cuando el número de votos faltantes era más de tres veces superior a la diferencia entre estos candidatos? Faltaban 2,3 millones de votos por escrutar y la diferencia referida era de 700 mil votos. ¿Por qué ese primer boletín del CNE no fue producto del trabajo de la sala de totalizaciones y no se elaboró como correspondía en presencia de los testigos nacionales de los candidatos, de las organizaciones políticas y de los veedores? ¿Cómo incurre el CNE en una clara violación legal, al proceder a la adjudicación, proclamación y acreditación como Presidente electo de Nicolás Maduro, sin tener el escrutinio de todas las actas, como obliga la legislación vigente?,- en: Luis Fuenmayor Toro, -Preguntas peligrosas,- en *aporrea.com*, 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.aporrea.org/actualidad/a333704.html>

⁵⁴ Por ello, la Academia expresó su -profunda preocupación por las actuaciones de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia que exceden el marco de sus competencias constitucionales y legales. Esta situación quebranta los principios de separación e independencia de poderes, legalidad, debido proceso y transparencia, pilares fundamentales del Estado de Derecho. Véase -Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia referente a las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024,- de fecha 26 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.acienpol.org/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamento-sentencia-Sala-Electoral-TSJ.pdf>

⁵⁵ Véase José Ignacio Hernández, -La Sala Electoral verificó los resultados de las presidenciales ¿Y ahora qué? «Sin respaldo en actas electorales transparentes, públicas y verificables, la proclamación no surte efecto jurídico alguno», - en

Sexto: La exhortación por la Sala:

“al Consejo Nacional Electoral a publicar los resultados definitivos del proceso electoral celebrado el 28 de julio de 2024, para la escogencia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela*, según lo previsto en el artículo 155 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.”

Lo que nunca ocurrió, y sobre lo cual, como bien lo observó *Acceso a la Justicia*, en realidad, en la sentencia:

“no se exhorta al CNE a publicar las actas de escrutinio que sustentan dichos resultados. Recordemos que la totalización debió producirse dentro de las 48 horas siguientes a la elección con los resultados de todas las actas (artículo 146 LOPRE), y aunque es cierto que el artículo 155 da un plazo máximo de 30 días para la publicación en la *Gaceta Electoral* de los resultados de los procesos electorales, ello no exime al CNE de cumplir con su obligación de totalizar como lo dice la LOPRE, sobre todo ahora que, de acuerdo con lo establecido por el TSJ, se hizo el peritaje del material electoral, lo cual fue incluso mostrado por el canal de YouTube de la máxima instancia judicial del país. Esto significa que las actas pudieron ser emitidas e impresas, a pesar de todos los problemas informáticos denunciados, por lo que el CNE debe publicarlas.”⁵⁶

Es decir, a la Sala Electoral se le olvidó obligar al Consejo Nacional Electoral a cumplir con la obligación establecida en el artículo 150 de la Ley Orgánica, de presentar las Actas de Totalización que supuestamente dieron origen y respaldo a los Boletines parciales que emitió, dejando “constancia de los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las actas de escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, presentados en forma tabulada.” Olvido por lo demás imperdonable, luego de que, en la sentencia, como se dijo, la Sala “concluyó” declarando que:

“que los boletines emitidos por el Consejo Nacional Electoral respecto a la Elección Presidencial 2024, están respaldados por las actas de escrutinios emitidas por cada una de las máquinas de votación desplegadas en el proceso electoral y así mismo estas actas mantienen plena coincidencia con los registros de las bases de datos de los Centros Nacionales de Totalización”.

Si ello era así, ¿Por qué no se exhortó al Consejo Nacional Electoral a concluir el proceso electoral, publicando, debidamente tabuladas, las Actas de Escrutinio?”

Por ello, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales consideró:

“crucial que el Consejo Nacional Electoral cumpla con su obligación legal de publicar los resultados detallados de la elección y realice todas las auditorías previstas en la ley. La integridad del proceso electoral y el derecho de los ciudadanos a conocer los resultados completos exigen que esta información incluya el desglose detallado de los votos por cada mesa de votación, conforme a los resultados consignados en las actas de escrutinio de las mesas electorales. Solo mediante la divulgación de esta información desagregada se puede garantizar una verificación exhaustiva y transparente de los resultados electorales, permitiendo a todos los actores políticos y a la ciudadanía en general corroborar la exactitud de los cómputos oficiales.”⁵⁷

Y así, para evadir cumplir con esta obligación legal, luego de la sentencia, el Consejo Nacional Electoral, al dejar constancia en Comunicado Público de 26 de agosto, que “recibieron la *notificación de la sentencia* No 031 de fecha 21 de agosto,” indicó que “en *el lapso de ley cumplirá con lo ordenado por la Sala Electoral del TSJ*,”⁵⁸ es decir, con lo previsto en el artículo 155 de la Ley pero no con lo previsto en el artículo 150 que es el que se refiere, precisamente, a la publicación de la Actas de Escrutinio.

La Gran Aldea, 26 de agosto de 2024. Disponible en: <https://lga.laгранaldea.com/2024/08/23/la-sala-electoral-verifico-los-resultados-de-las-presidenciales-y-ahora-que/>

⁵⁶ Sobre todo, este -proceso- véase *Acceso a la Justicia*, -8 anomalías del proceso ante el TSJ y su decisión definitiva sobre los resultados de las presidenciales del 28J,- 27 de agosto de 2024, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/8-anomalias-proceso-tsj-decision-definitiva-resultados-presidenciales-28j/>

⁵⁷ Véase -Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia referente a las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024,- de fecha 26 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamento-sentencia-Sala-Electoral-TSJ.pdf>

⁵⁸ Véase el Comunicado Oficial del 26 de agosto de 2024 en la cuenta X del Consejo Supremo Electoral, disponible en: https://x.com/cnees_vzla/status/1828112363230556568

En todo caso, el Consejo Nacional Electoral, posteriormente a las elecciones, nunca cumplió con lo previsto en el artículo 150 de la Ley Orgánica, a pesar incluso de que cuando anunció su primer Boletín, el Presidente del Cuerpo prometió que “*en pocas horas*” toda la información de las Actas de Escrutinio, mesa por mesa, estaría montada en la página web del organismo,⁵⁹ y además, tampoco cumplió ni con la ley no con la orden de la Sala Electoral de publicar los resultados conforme al artículo 155 de la ley Orgánica.⁶⁰

Séptimo: Por último, la sentencia resolvió remitir “de manera urgente” copia certificada de la decisión, cuyo texto completo sin embargo no se conoció, al *Fiscal General de la República*, “a los fines de que sea incorporada a las investigaciones de carácter penal que, sobre los hechos irregulares, adelanta esa Institución.”

La Sala, agregó que ello lo hacía “en virtud de los documentos presuntamente falsos o forjados, cargados en la página web *www.resultadospresidencialesvenezuela2024.com*,” calificando, así inicualemente, lo que más de cien mil personas, entre miembros de Mesa, testigos, representantes y militares habían recolectado de Actas de Escrutinio durante la noche del 28 de julio para que se pudiera, en una impecable organización, cargar toda la información que está en dicha página web.

Se destaca, en todo caso, la reacción inmediata del Fiscal General de la República, luego de lo decidido por la Sala Electoral en persecución del Sr. González Urrutia, al punto de convocarlo a una “entrevista” sobre los presuntos delitos citados,⁶¹ lo cual con razón el excandidato presidencial rechazó mediante declaración pública.⁶²

Y es que, en efecto, nadie está obligado a acudir a “entrevista” alguna a la que sea “convocado” o “invitado” por otra persona o por cualquier funcionario, incluyendo un Fiscal del Ministerio Público, y menos si no se indica norma alguna que la sustente, razón por la cual, seguramente, el Sr. González declinó las invitaciones que recibió. Lo insólito fue que en una tercera invitación (llamada “citación”) a una entrevista, cuyo texto se conoció en las redes, emitida por un Fiscal el 29 de agosto de 2024, sin indicar, de nuevo, en qué carácter se “citaba” al Sr. González, si como víctima, testigo, experto, intérprete o imputado, se lo amenazó que si no comparecía “se considerará que nos encontramos en presencia de *peligro de fuga* previsto en el artículo 237 y del *peligro de obstaculización*, previsto en el artículo 238 del Código Orgánico Procesal Penal por lo que se tramitará la correspondiente Orden de Apreensión,”⁶³ sin percatarse el funcionario firmante que esas normas solo se aplican respecto de las personas que han sido “imputadas” por la comisión de algún delito en un proceso penal, y solo corresponden ser evaluadas

⁵⁹ Véase la exposición completa del Presidente del Consejo Nacional Electoral, Elvis Amoroso, el 29 de julio de 2024, en el video disponible en: <https://youtu.be/pB7g4y4M4s8?si=6-V1XY4GaMdAlfgh>

⁶⁰ Véase la información: -Expiró el plazo legal sin que el CNE publicara resultados disgregados en Gaceta Electoral,- en *Morfema Press*, 29 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/expiro-el-plazo-legal-sin-que-el-cne-publicara-resultados-disgregados-en-gaceta-electoral/>

⁶¹ Véase la información: -Fraude en Venezuela: la Fiscalía chavista citó a declarar a González Urrutia por una investigación penal. El fiscal general, Tarek William Saab, dijo que el candidato opositor deberá presentarse ante la Justicia por la presunta comisión de delitos asociados a la denuncia de fraude electoral que ha hecho el antichavismo,- en Infobae, 23 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.infobae.com/venezuela/2024/08/23/fraude-en-venezuela-la-fiscalia-chavista-citara-a-gonzalez-urrutia-por-una-investigacion-penal/?outputType=amp-type>

⁶² Expresó lo siguiente: -En esta ocasión rindo declaración ante ustedes quienes son los garantes de la soberanía popular. El Ministerio Público pretende someterme a una entrevista sin que se precise en qué condición se espera que comparezca y precalificando delitos no cometidos. El Fiscal General de la República se ha comportado reiteradamente como un acusador político; condena por anticipado y ahora impulsa una citación sin garantías de independencia y del debido proceso. Sr. Nicolás Maduro es hora de que entienda por una buena vez, que la solución no está en a represión sino en la verificación internacional independiente y confiable e las actas que no puede ser sustituida por una sentencia dictada al margen de la Constitución. En ese escenario presentaremos nuestros ejemplares de las actas de escrutinio que dejan clara la voluntad de cambio de los venezolanos. La verdad de lo sucedido el 28 de julio es lo que salvará la institucionalidad democrática. Una vez más les repito: por la paz y el bienestar del ‘país, presenten las actas. Exigimos respeto a la voluntad popular expresada en las elecciones del 28 de julio que favorecieron ampliamente el cambio político que representó mi candidatura.-Véase el video con el mensaje de 25 de agosto de 2024, disponible en: https://instagram.com/reel/C_HUspQtiRI?igsh=bGJ4Yjh3d2V6MHFi. Véase además la información del Mensaje en *El Nacional*, 26 de agosto de 2024, disponible en <https://www.elnacional.com/venezuela/edmundogonzalez-ante-citacion-de-la-fiscalia-carece-de-garantias/>

⁶³ Oficio No. Oo-DGDCD-F58-1310-2024 de 29 de agosto de 2024, Dirección general contra Delitos Comunes, Fiscalía No, 58, Nacional Plena

y dictadas por el Juez Penal competente.⁶⁴ En todo caso, unos días después se conoció que el Sr. González, quien se había asilado en embajadas, había salido exiliado hacia España.

Por último, y sobre el supuesto “ataque cibernético masivo denunciado contra el sistema electoral venezolano,” que la Sala en sus decisiones iniciales declaró que también sería objeto del “proceso de peritaje” que inventó, nada verificó ni resolvió la sala, y solo remitió el asunto a la decisión del Fiscal para que verificase si las denuncias “pudiesen configurar presuntas conductas antijurídicas, delitos comunes, electorales y constitucionales, en contravención del ordenamiento jurídico.”

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral en el Comunicado publicado el 26 de agosto de 2024, consideró falsamente que la sentencia “corroboró el ataque cibernético masivo sufrido por nuestro sistema electoral.”⁶⁵ La “sentencia,” al menos en la parte publicada, nada dijo sobre esto.

De todo lo antes dicho, salta a la vista que la “sentencia” definitiva del caso es contraria al ordenamiento jurídico venezolano, y a cualquier principio universal sobre lo que es un Estado de derecho, por lo que puede considerarse nula y sin valor alguno. Como lo resumió, el mismo día en la cual se publicó la sentencia, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, profesor Juan Carlos Apitz, al indicar que se trata de:

“una sentencia nula, y como decimos los abogados, nula, de nulidad absoluta; no tiene ninguna existencia en el mundo jurídico.

Por muchas razones, la primera de ellas, porque la Sala Electoral, desde un comienzo, arrebató competencias que pertenecen al Consejo Nacional Electoral, y el artículo 138 de nuestra Constitución es absolutamente claro: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.” Por eso, esta sentencia es nula.

Pero también es nula, porque se les olvidó que, entre otras cosas, el día martes 20 fue recusada la presidenta de la Sala Electoral por falta de imparcialidad. Su parcialidad política es evidente, ser militante del Partido Socialista Unido de Venezuela es lo que lo que motivó esa recusación.

¿Como es que pudieron dictar esa sentencia y ni siquiera resuelta la recusación que fue presentada el día martes por el ciudadano Enrique Márquez?

Y lo más importante, es nula, porque esta sentencia se pone de espaldas a la soberanía popular: el 28 de Julio los venezolanos expresaron su opinión.”⁶⁶

⁶⁴ El Sr. González como se había anunciado, no acudió a la -entrevista-. Véase en -Pese a amenazas del régimen secuestrador, Edmundo González Urrutia no acudió a la tercera citación del fiscal de Maduro,- en *Morfema Press*, 30 de agosto de 2024, Disponible en: <https://morfema.press/actualidad/pese-a-amenazas-del-regimen-secuestrador-edmundo-gonzalez-urrutia-no-acudio-a-la-tercera-citacion-del-fiscal-de-maduro/>.

⁶⁵ Véase el Comunicado Oficial CNE, de 26 de agosto de 2024, disponible en: <https://x.com/ReporteYa/status/182810978120015875/9/photo/2>

⁶⁶ Disponible en; <https://www.instagram.com/reel/C-Wd7JO9NR/?igsh=MWRzbzkyYTBu-ZG00dw==> Véase, además: -Decano de la UCV dice que validación electoral del TSJ es nula y desconoce la voluntad popular. Juan Carlos Apitz argumentó que la sentencia carece de validez en lo jurídico, ya que la Sala Electoral del TSJ usurpó competencias del Consejo Nacional Electoral,- en *Diario Las Américas*, 24 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.diariolas-americas.com/america-latina/decano-la-ucv-dice-que-validacion-electoral-del-tsj-es-nula-y-desconoce-la-voluntad-popular-n5362406>. El vicio de la sentencia originó incluso reacciones internacionales, como la del Presidente Gabriel Boric de Chile, al expresar al mundo que: -Hoy el TSJ de Venezuela termina de consolidar el fraude. El régimen de Maduro obviamente acoge con entusiasmo su sentencia que estará signada por la infamia. No hay duda de que estamos frente a una dictadura que falsea elecciones, reprime al que piensa distinto y es indiferente ante el exilio más grande del mundo solo comparable con el de Siria producto de una guerra.- Véase el reportaje de Naiara Galarraga Gortázar y Federico Rivas Molina, -Gabriel Boric: -El Supremo de Venezuela termina de consolidar el fraude,- en *El País*, 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://elpais.com/america/2024-08-22/gabriel-boric-el-supremo-de-venezuela-termina-de-consolidar-el-fraude.html>. Igualmente, el 23 de agosto de 2024, los Gobiernos de Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, emitieron un -Comunicado Conjunto sobre sentencia TSJ Venezuela,- en la cual expresaron que: -rechazamos categóricamente el anuncio del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela, que el día de ayer indicó haber concluido una supuesta verificación de los resultados del proceso electoral del 28 de julio, emitidos por el Consejo Nacional Electoral (CNE), y que pretende convalidar los resultados sin sustento emitidos por el órgano electoral.- Disponible en: <https://monitoreamos.com/destacado/once-paises-americanos-rechazan-el-fallo-del-tsj-que-convalida-el-fraude-de-maduro>. Véase lo expuesto por otros líderes latinoamericanos en el reportaje: -Líderes de Latinoamérica reaccionan al pronunciamiento del Tribunal Supremo de Maduro en Venezuela,- en *Morfema Press*, 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/lideres-de-latinoamerica-reaccionan-al-pronunciamiento-del-tribunal-supremo-de-maduro-en-venezuela/>

VII. LOS RECURSOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL DECLARADOS INADMISIBLES

En fecha 8 de agosto de 2024, el ex candidato presidencial Antonio Ecarri, presentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, una acción de revisión constitucional, contra las sentencias números 25 del 1° de agosto de 2024, 27 del 5 de agosto de 2024 y 28 del 6 de agosto de 2024 de la Sala Electoral antes reseñadas, por lesionar sus derechos constitucionales, en particular su derecho a la defensa, “por posiblemente intentar obligarme a violentar el artículo 137 de la Constitución nacional y por la violación de los derechos constitucionales de los venezolanos al existir una clara violación al principio de la separación de poderes consagrado en el artículo 136 de la Constitución por parte de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia al asumir competencias del Poder Electoral;” revisión que solicitó para que se anularan “de manera urgente e inmediata” las referidas sentencias con el objeto de que “se respeten y garanticen mis derechos constitucionales y de todos los venezolanos, derechos que han sido claramente violentados por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.”

En la misma orientación, una vez dictada la sentencia definitiva, el excandidato Enrique Márquez el 23 de agosto de 2024 anunció públicamente que presentaría ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo un recurso de revisión constitucional,⁶⁷ lo que en definitiva hizo.

En ambos casos, la Sala Constitucional, sin haber permitido siquiera a los recurrentes tener acceso al expediente, a mitades de octubre de 2024 declaró inadmisibles los recursos de revisión, también con sendas decisiones secretas, de las cuales no se conoció su motivación, pues solo se publicó su parte dispositiva en la página web del Tribunal Supremo.⁶⁸

Y así concluyó el bizarro “proceso de peritaje” para verificación electoral desarrollado luego de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, cuyo resultado real y comprobado, con el triunfo del candidato Edmundo González Urrutia, todo el mundo, tanto dentro como fuera del país, indubitadamente conoce, con una sentencia dictada en un proceso inexistente y secreto, que ratificó y confirmó lo que había anunciado el Consejo Nacional Electoral sobre el supuesto triunfo de Nicolás Maduro que, igualmente, nadie el mundo, tanto dentro como fuera del país, reconoce.⁶⁹

Nueva York, noviembre de 2024

Véase también: -Líderes de Latinoamérica reaccionan al pronunciamiento del Tribunal Supremo de Maduro en Venezuela,- en *Morfema Press*, 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/lideres-de-latinoamerica-reaccionan-al-pronunciamiento-del-tribunal-supremo-de-maduro-en-venezuela/>.

⁶⁷ Véase las declaraciones de Enrique Márquez, en rueda de prensa, 23 de agosto de 2024. Disponible en: https://x.com/ENRIQUEMARQUEZ/status/1827029320683942320?t=Lx9zE0ox6KwucyRFLMp_81Q&s=08; y en: <https://morfema.press/actualidad/enrique-marquez-anuncia-que-solicitar-revision-del-fallo-del-ts/>

⁶⁸ El recurrente, Márquez rechazó el 16 de octubre de 2024 la decisión de la sala Constitucional de declarar inadmisibile el recurso intentado, sin ir al fondo del asunto. Véase la reseña: -Enrique Márquez cuestiona el rechazo del Tribunal Supremo a un pedido de revisión de sentencia que dio ganador a Maduro,- en *wtop.news*, 14 de octubre de 2024, disponible en <https://wtop.com/news/2024/10/enrique-marquez-cuestiona-el-rechazo-del-tribunal-supremo-a-un-pedido-de-revision-de-sentencia-que-dio-ganador-a-maduro/>. Dos días después, el 16 de octubre de 2024, el recurrente Antonio Ecarri se pronunció en rechazo a la decisión del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que declaró inadmisibile la solicitud de revisión constitucional presentada por su partido tras los resultados electorales del 28 de julio, calificando la sentencia como un -telegrama con rango de sentencia-, insuficiente y carente de argumentos. Véase el reportaje: ‘Ecarri critica al TSJ por respuesta -irrespetuosa- a su recurso de revisión electoral,- en *El Correo del Caroni*, 16 de octubre de 2024, disponible en: <https://correodelcaroni.com/pais-politico/ecarri-critica-al-ts-j-por-respuesta-irrespetuosa-a-su-recurso-de-revision-electoral/>

⁶⁹ Sobre todo, ese proceso véase lo expresado en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 10, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2024

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

(Los números remiten a los números de los Comentarios)

A

Acceso a bienes y servicios. Derecho 45
Acción popular. Legitimación activa, 15, 28
 Instancia de parte, 83
Actos administrativos. Autorización, 5, 10
 Ejecución, 10
 Ejecutividad, 10
 Ejecutoriedad, 10
 Presunción de legalidad, 10
 Suspensión de efectos, 2, 5
Actos administrativos de efectos particulares, 4
Actos de trámite, 1721
Actos definitivos, 17
Actos electorales, Nulidad, 12
Actos estatales. Nulidad, 11
Administración pública. Control parlamentario
 56
 Transparencia, 27
Alcaldes. Competencias, 42
 Manifestaciones públicas, 42
Alternabilidad Republicana, 23
Amnistía, Potestad parlamentaria, 58
 Inconstitucionalidad de la Ley, 58
Amparo constitucional. Admisibilidad, 6
 Admisión 99
 Admisibilidad jurisprudencial, 6
 Caso Rondalera, 6
 Convenciones internacionales, 6
 Desacato, 86
 Desacato, 90, 94
 Procedimiento, 50
 Sentencias. Desacato, 44
 Transformación, 88
Amparo constitucional contra Estados extranjeros, 46, 99
Amparo constitucional contra la Asamblea Nacional, 61
Amparo constitucional contra particulares, 6
Amparo constitucional contra sentencias. Admisibilidad, 8
Antejuicio de mérito, 21, 84
Arbitraje Internacional, 24
Aruba, 46
Asamblea Constituyente 1999. Asalto al poder, 13
 Configuración judicial, 13
Asamblea Constituyente 2017. Inconstitucionalidad, 78
 Usurpación funciones legislativas, 78

Asamblea Constituyente, 17
Asamblea Constituyente. Convocatoria, 77
Asamblea Nacional. Acoso judicial, 67
 Anulación de todos sus actos, 69
 Control parlamentario, 75
 Control político, 56, 67
 Control político sobre la Administración financiera, 60
 Defensa de principios democráticos, 67
 Desacato 72, 83, 84
 Designación Magistrados Tribunal Supremo, 80
 Elección de diputados, 55
 Función presupuestaria, 64
 Investigaciones, 65
 Instalación, 69
 Junta Directiva, 88
 Opiniones políticas, 61, 62
 Poder de legislar, 58
 Poder de revisar sus propios actos, 57, 62
 Régimen interior y de debates, 59
 Sujeción al Poder Ejecutivo, 59
 Sesiones, 61
Autonomía judicial, 50, 54
Autonomía Universitaria, 53, 87
 Usurpación, 53

B

Banco Central de Venezuela. Ley, 58
Bono Compensatorio, 7
Bono de alimentación, Régimen legal, 59
Brasil, 54

C

Campanas electorales, Financiamiento 22
Caso Capriles Radonski, 75
Caso del Oro de Londres, 95
Caso Granier RCTV, 50
Caso Leopoldo López, 31, 51
Caso María Corina Machado, 40, 97
Caso RCVT, 17, 50
Carta Democrática Interamericana. Violación, 50
Certificación de mera relación, Prohibición, 97
Chile, 531
Colombia. Intangibilidad sentencias, 81
Comiso, 95
Comité de Postulaciones, 47
Concesiones administrativas, 16, 50

Confiscación, 50, 93, 96
 Consejo de Seguridad y Defensa, 73, 74
 Consejo Nacional Electoral, Competencias, 33
 Nombramiento de Rectore, 47
 Constitución. Normas programáticas, 6
 Contencioso administrativo de anulación. Admisibilidad, 4
 Interés Legítimo, 4,
 Legitimación activa, 4
 Medidas cautelares, 2
 Suspensión de efectos de los actos impugnados, 2, 5
 Continuidad administrativa, 35
 Contralor General de la República. Inhabilitaciones políticas, 31, 75, 97
 Contratos de interés nacional. Aprobación parlamentaria, 60, 77
 Control concentrado de constitucionalidad, 83, 89
 Control de constitucionalidad, Instancia de parte, 83
 Acción de interpretación, 24
 Acción popular, 28
 Instancia de parte, 89
 Legislador positivo, 15, 30, 42
 Legitimación activa, 17
 Leyes aprobatorias de Tratados, 11
 Leyes derogadas, 15
 Ley del Tribunal Supremo, 92
 Preguntas de referendos consultivos, 99
 Principio dispositivo, 89
 Recurso de interpretación 19
 Recurso de interpretación, 42, 56
 Reforma constitucional, 17
 Régimen general, 9
 Sentencias Corte Interamericana I. DDHH, 20, 31, 50
 Control de constitucionalidad de oficio, 15, 19, 33, 40, 53, 71, 74, 93, 89, 95
 Control de constitucionalidad de las leyes por desviación de poder, 58
 Control de constitucionalidad de las leyes por motivación política, 58
 Control de convencionalidad. Sentencias Corte I. DDHH, 31, 50
 Control del poder. 34
 Control difuso de constitucionalidad, 9, 29, 36, 83, 85, 89
 Control difuso de la convencionalidad, 85
 Control innominado de constitucionalidad, 64, 71
 Convención Americana DDHH, 64, 71
 Convenciones internacionales. Amparo, 6
 Constitución. Mutación, 21, 22, 42, 43
 Corrupción. Tratados, 31
 Corte Interamericana DDHH. Caso Granier RCTV, 50
 Corte Interamericana DDHH. Control de constitucionalidad, 20, 31, 50

Corte Interamericana DDHH. Inejecutabilidad de sus sentencias, 20, 31, 50
 Corte Internacional de Justicia. Medidas preliminares, 99
 Costa Rica, 54
 Cuadernos de votación. Elecciones primarias, 32

D

Debido proceso, 44, 48, 81, 89, 95, 97
 Desconstitucionalización, 48
 Violación 64, 71, 83
 Decretos leyes. Clases, 7, 39
 Decretos leyes. Régimen, 7
 Defensoría Pública, 30
 Delito de opinión, 51
 Democracia participativa. 39
 Democracia representativa, 80
 Democracia. Alternabilidad Republicana, 23
 Democracia. Secuestro, 42
 Derecho a la defensa, 44, 46, 48, 78
 Derecho a la igualdad, 51
 Derecho a manifestar. Limitaciones, 42
 Derecho a ser electo. Restricción, 31
 Derecho de acceso a la información administrativa, 27
 Derechos constitucionales. Restricción, 60
 Derechos humanos. Personas jurídicas, 50
 Derechos políticos, Restricción, 97
 Limitaciones, 42
 Restricción, 31, 75
 Violación, 67
 Descentralización, 64
 Desobediencia civil. Derecho, 32
 Diario *El Nacional*, Confiscación, 93
 Dictadura judicial, 71
 Diputados. Antejucio de mérito, 84
 Desacato, 63, 71
 Elección, 55
 Pérdida de investidura, 40
 Revocación de mandatos, 40
 Discriminación, 50
 Distrito Capital, 79
 Divorcio. Régimen, 36
 Domino público, 41

E

Edmundo González Urrutia. Elección 28 Julio 2024, 100
 Elección de diputados. Suspensión judicial de proclamación, 55
 Elección en segundo grado, 47
 Elección popular, 80
 Elección presidencial, 38
 28 Julio 2024, 100
 Elecciones Primarias. 32, 97
 Elecciones. Actas de Escrutinio, 100
 Adjudicación de cargos, 100
 Nulidad, 91
 Nulidad de actos electorales, 12
 Totalización de votos, 100

Emergencia económica, 56, 60
Enmienda Constitucional, 23
Estado. Noción, 37
 Personas jurídicas, 37
Estado Barinas. Elecciones. Nulidad, 91
Estado Centralizado, 17
Estado de economía mixta, 17
Estado de excepción, 71
Estado del Poder Popular, 17
Estado Militarista, 17
Estado Policial, 17
Estado Socialista, 17
Estados de excepción, 56, 60
Estados, 64
Estados. Competencias exclusivas, 19
Expropiación, 45
Expropiación sin compensación, 41

F

Federación descentralizada, 19
Fiscal General de la República, Remoción, 78
 Defensa de la Constitución, 73
Fuerzas Armadas. Militancia política, 43
Función legislativa. Normas limitantes, 59
 Usurpación por el Ejecutivo, 60
Funcionarios Municipales. Responsabilidad, 1
Funcionarios públicos, Responsabilidad, 1
 Antejuicio de méritos, 21, 84
Funciones del Estado, 34

G

Garantía de la libertad económica. Restricción, 7
Garantías constitucionales. Restricción, 7
Garantías judiciales. Ausencia, 54
Gobierno alternativo, 23
Gobierno de mandatos revocables, 40, 44, 68, 75
Gobiernos. Reconocimientos por Estados extranjeros, 95
Golpe de Estado, 47, 71
Guayana Esequiba. Reclamación, 100, 101

H

Habeas data. Acción, 25
Hecho notorio. Pruebas, 14
Hecho notorio comunicacional, 14, 40
Ilícitos económicos, 45
Imparcialidad judicial, 95
Impuesto sobre la Renta. Reforma, 15, 19
Impuestos municipales sobre actividades económicas, 3
Independencia judicial, 50, 54, 95
Información administrativa. Acceso, 27
Inhabilitación política, 31, 44, 75, 97
Inmunidad Jurisdiccional del Estado, 24
Inmunidad parlamentaria, 71
Inmunidad parlamentario. Allanamiento, 84
Integración Andina. Cuestión constitucional, 11
Intereses colectivos. Defensa, 40
Intereses difusos, 16, 53

Interpretación constitucional, 18, 22, 23, 32, 40, 49, 56, 64
Interpretación constitucional. Proyecto político, 31
Interpretación constitucional vinculante, 88, 92, 94
Irretroactividad de la Ley, 29

J

Juez natural, 44
Jueces. Actuación de oficio, 9
Juez Constitucional. Actuación de oficio, 33, 40, 53, 71, 74, 95
 Ataque a la OEA, 71
 Desconocimiento de control parlamentario, 56
 Desconocimiento Poderes Asamblea, 57, 58
 Inhabilitación política, 75
 Interpretación de las leyes, 26, 72
 Legislador de oficio, 19
 Legislador positivo, 15, 19, 30
 Medidas cautelares de oficio, 71
 Mutación constitucional, 21, 22, 42, 43, 58
 Poder constituyente, 76
 Poderes de oficio, 15, 19, 83, 89
 Rol, 49
 Usurpación de funciones del Poder Electoral, 33
 Usurpación de funciones legislativas, 15, 71, 72
 Sentencias mediante “avisos”, 24
 Sentencia interpretativa, 18, 22, 23, 32, 40, 49, 56, 64
Juez contencioso administrativo. Actuación de oficio, 16
Juramento presidencial, 35

L

Lapsos procesales Régimen jurisprudencial, 9
Ley de Presupuesto, 64
Ley del Poder Municipal, 80
Leyes aprobatorias de Tratados. Control, 11
Leyes derogadas. Control de constitucionalidad, 15
Leyes orgánicas. Reforma, 58
Leyes. Consulta pública, 39, 59
 Iniciativa, 92
 Proceso de formación, 59
Liberalismo, 34
Libertad de expresión, 51
Libertad de expresión. Caso RCTV, 16, 50

M

Mandatos populares. Revocación, 40, 44, 75
Manifestación pública. Limitación, 42
Mero derecho, 78
 Sentencias, 71
Militancia política Fuerzas Armadas, 43
Municipios, 64

Municipios. Autorizaciones actividades económicas, 3
 Mutación constitucional, 19, 21, 22, 23, 40, 42, 43, 47, 58
 Nación. Noción, 37
 Nacionalidad del Presidente de la República, 66
 Nicolás Maduro, Nacionalidad, 66
 Elección 28 Julio 2024, 100
 Nulidad de elecciones, 38

O

Omisión constitucional legislativa, 72
 Omisión legislativa, 65
 Oposición. Criminalización, 60
 Orden Constitucional. Ruptura, 67, 74
 Ordenamiento jurídico, 29

P

Parlamentarismo de calle, 59
 Participación ciudadana, 47, 80, 92
 Consulta popular de leyes, 59
 Participación política. Derecho 00
 Secuestro, 13
 Partidos políticos. Confiscación, 52
 Control, 33
 Financiamiento, 22
 Manifestación, 42
 Patente de industria y comercio. 3
 Persecución política, 51
 Personalidad jurídica estatal, 37
 Perú. Intangibilidad sentencias, 81
 Poder ciudadano. Designación órganos 47
 Poder constituyente, 76, 82
 Poder constituyente originario, 13
 Poder Judicial. Gobierno y administración, 92
 Poder Judicial. Independencia, 50, 54, 95
 Poder Público. División territorial, 18
 Política económica. Decretos leyes, 7
 Precios. Decretos leyes, 7
 Precios Justos. Régimen, 45
 Presidente de la República. Mensaje anual, 70
 Falta absoluta, 35, 69
 Juramentación, 82
 Nacionalidad, 66
 Periodo constitucional, 35
 Relaciones exteriores, 49
 Responsabilidad política, 67
 Presunción de inocencia, 44
 Presupuesto. Control parlamentario, 64
 Principio democrático, 40, 44, 75
 Demolición, 36
 Principios constitucionales pétreos, 2
 Procedimiento administrativo. Derecho a la defensa, 48
 Garantías 50
 Procedimiento judicial. Garantías, 50
 Procedimientos sancionatorios, 45
 Procesos constitucionales, 98
 Principio dispositivo, 83
 Progresividad. Principio, 42

Propiedad. Extinción, 96
 Titularidad, 41
 Propiedad pública de tierras, 41
 Propiedad rural. Prescripción adquisitiva, 41
 Titularidad, 41
 Proyectos de ley. Visto bueno previo del Poder Ejecutivo, 59

R

RCTV. Confiscación judicial, 16
 Recurso contencioso electoral, 100
 Recurso de interpretación. Legitimidad, 24
 Reección presidencial, 23
 Referéndum Consultivo, 98
 Asamblea Constituyente 1999, 13
 Referendo revocatorio. Secuestro, 68
 Reforma Constitucional, 23
 Control de constitucionalidad 17
 Participación popular, 76
 Régimen cambiario. Decretos leyes, 7
 Régimen de la economía, 7
 República. Integridad Territorial 99,
 Noción, 37
 Soberanía, 99
 Rescate administrativo de tierras, 41
 Responsabilidad administrativa. Funcionarios públicos, 1
 Revocación de mandato de Alcaldes, 44
 Revocación de mandato de diputados, 40, 75

S

Sala Constitucional. Competencias 98
 Actuación de oficio, 81, 83, 89
 Avocamiento, 29
 Competencias interpretación leyes, 26
 Competencias, 92
 Decreto de Presupuesto, 64
 Interpelación constitucional, 49
 Juramentación del Presidente de la República, 82
 Legislador Positivo, 15, 19, 30
 Mensaje anual presidencial, 70
 Mutación constitucional, 18, 21, 22, 23, 40, 42, 43, 47, 58
 Secuestro de partidos políticos, 52
 Revocación de mandato de diputados, 40
 Sentencias mediante avisos, 31
 Usurpación función legislativa, 64, 70, 71
 Sala Electoral. Referendo revocatorio, 68
 Peritaje de verificación de resultados, 100
 Sala Político administrativa. Competencias interpretación leyes, 26
 Secretario General de OEA, 71
 Sentencia definitiva, 74
 Sentencias constitucionales, Ampliación, 64
 Avisos, 97
 Desacato, 32
 Motivación 98
 Aclaratoria, 19, 74, 81
 Avisos, 38

Efectos, 9, 15, 25
Interpretación, 49, 81
Motivación, 71
Revisión, 73, 74, 81
Revocación, 74
Sentencias extranjeras. Reconocimiento, 95
Sentencias. Inmutabilidad, 73, 74, 81
Separación de poderes. Principio, 30, 34, 40, 47
Servicio público, 16
Sistema federal. Mutación constitucional, 18
Soberanía popular, 13, 24, 76
Stare decisis, 9
Sufragio, 80
Supremacía constitucional, 9, 13, 17
Derecho ciudadano, 17

T

Telecomunicaciones. Régimen, 16
Tierras agrícolas. Rescate administrativo, 41
Tierras baldías. Dominio público, 41
Tierras rurales. Titularidad, 41
Traición a la Patria, 71
Transición a la democracia. Anulación del régimen, 895 97
Transparencia administrativa, 27

Tratados DDHH. Jerarquía constitucional, 20, 31, 33, 50
Tratados Internacionales. Leyes aprobatorias. Control, 11
Tribunal Supremo, Designación de Magistrados, 57
Antejuicio de méritos, 21
Avocamiento. 29
Competencia 49
Designación de Magistrados 47, 62, 79, 92
Ley Orgánica 58
Nulidad Ley de reforma, 92
Período de Magistrados, 92
Revocación de mandatos, 40, 44
Tribunales agrarios. Medidas preventivas, 5
Tutela judicial efectiva. Derecho 17

U

Universidades Nacionales. Autonomía, 53
Elecciones, 87
Régimen de selección de alumnos, 53

V

Vialidad nacional, 18
Vicepresidente. Funciones, 35

VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT

